

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – DOUTORADO**

GÊNESE DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO
formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção
do Estado no Brasil Imperial

Walter Guandalini Junior

CURITIBA, 2011

WALTER GUANDALINI JUNIOR

GÊNESE DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO
formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a
construção do Estado no Brasil Imperial

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, sob a orientação do Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca.

CURITIBA, 2011



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
Programa de Pós-graduação em Direito

PARECER

A Comissão Julgadora da Tese apresentada pelo doutorando **Walter Guandalini Júnior**, sob o título **GÊNESE DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil imperial**, após arguir o candidato e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-lo por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:

Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca - 10,00 (dez inteiros)

Prof. Dr. Luís Fernando Lopes Pereira - 10,00 (dez inteiros)

Prof. Dr. Sérgio Said Staut Júnior - 10,00 (dez inteiros)

Prof. Dr. Ailton Lisle Cerqueira Leite Seelaender - 10,00 (dez inteiros)

Prof. Dr. Cristiano Otavio Paixão Araujo Pinto - 10,00 (dez inteiros)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela concessão do título de Doutor em Direito ao candidato **Walter Guandalini Júnior**.

..... É o parecer.

Curitiba, 29 de julho de 2011.

Dedico esta pesquisa a todos aqueles que ajudam a contornar as pedras que a vida insiste em colocar no meio do caminho. Sem vocês essa tarefa jamais teria sido cumprida. Sem vocês esse trabalho sequer teria sentido.

AGRADECIMENTOS

A dissertação de mestrado¹ que defendi em 2006 continha um conjunto de agradecimentos, talvez um pouco cabotinos, em que citava Borges e Foucault para ressaltar o fato de que a criação intelectual individual jamais pode ser considerada criação, sequer é puramente intelectual, e é sempre inevitavelmente coletiva. Na ocasião me utilizei de uma série de metáforas para expressar a opinião, ainda mantida, de que já não há mais sentido na atribuição de uma autoria às construções do espírito, sejam elas de caráter científico ou cultural, se é que existe essa diferença. Falava, então, em grupos de pessoas que com picaretas eram capazes de abrir fendas na terra, por entre as quais se entevia a circulação de magma que já estava lá independente de seu trabalho, embora não pudesse ser visto antes disso. Considerava, enfim, que toda obra intelectual é inevitavelmente tributária de uma produção coletiva que lhe antecede, de um conjunto de idéias e problemas que a contêm (e não o contrário), de um certo sentimento acerca da realidade; estes elementos, mais que estabelecer os limites e pré-condições de desenvolvimento da produção intelectual, determinam também os seus rumos e conclusões, que dessa forma jamais podem ser consideradas *res propria* de um autor determinado, sendo mais correta e realista a sua atribuição a uma época, a uma cultura, em suma, ao próprio desenrolar do processo histórico.

Sem renegar o meu “próprio” pensamento, e mantendo todas as conclusões a que cheguei nos agradecimentos do trabalho anterior, o desenvolvimento desta terceira pesquisa de fôlego² em minha breve carreira acadêmica me fez considerar um pouco exagerada aquela visão de “brotamento espontâneo” da produção intelectual que apresentei na pesquisa anterior. Não que deva ser abandonada a metáfora dos mineiros com picaretas; mas talvez seja o caso de nos esforçarmos um pouco mais para conseguirmos perceber tudo o que estaria envolvido nesse trabalho imaginário, de um grupo de pessoas que, com suas ferramentas ao ombro, se dispusesse a realizar uma longa caminhada até as bordas de

¹ Intitulada *A Crise da Sociedade de Normalização e a Disputa Política pelo Biopoder: o licenciamento compulsório de patentes de anti-retrovirais* (GUANDALINI JR., 2006), foi publicada pela Editora Juruá em 2010 sob o título *Doença, Poder e Direito: o controle de patentes de medicamentos* (GUANDALINI JR., 2010).

² Antes da dissertação de mestrado, a monografia de conclusão de curso defendida em 2003, intitulada *Direito e Poder no Estado Novo: uma análise da ideologia política e do discurso jurídico na década de 30*. Parte dos dados obtidos na pesquisa foi posteriormente aproveitada em artigo redigido em parceria com Adriano Nervo Codato e publicado na Revista Estudos Históricos sob o título *Os Autores e suas Idéias: um estudo sobre a elite intelectual e o discurso político do Estado Novo* (GUANDALINI JR. e CODATO, 2010).

um imenso vulcão apenas para cavar, e cavar, e cavar, e cavar, com a singela esperança de, talvez, após muitos anos de labor, enxergar por um breve momento o fulgor da lava rubra, sem qualquer esperança de recompensa além da fugaz visão de seu brilho tépido: os sacrifícios que são feitos na viagem até o vulcão; a vida confortável que se é obrigado a trocar pelo acampamento de trabalho; o peso das ferramentas que deverão ser carregadas; a dimensão hercúlea da ingrata, e muitas vezes desalentadora tarefa de cavoucar uma montanha em chamas; os mil perigos a que o grupo se submete, os riscos de erupção, de desabamento, de queimaduras, de ferimentos graves; o abandono do trabalho rotineiro; o sofrimento da querida família, dos queridos amigos; as perdas que a tarefa impõe; enfim, toda a entrega e todo o sacrifício que impiedosamente exige um trabalho desse porte, e que jamais seria realizado se não houvesse um grupo de abnegados que se dispusessem a contribuir para que fosse feito, aliviando as dores e angústias dos que a ele voluntariamente se submetem.

Continuo desprezando a autoria, palavra sem sentido quando se reconhece a realidade do pesquisador como sujeito inserido nas tramas do tecido histórico. Mas descobri ser intolerável desprezar a colaboração, e inaceitável compará-la, como fiz anteriormente, com meros “estilos copiados”, abstratos “fantasmas da mente” ou genéricos “co-autores anônimos” do trabalho realizado.

É curioso avaliar as condições que motivaram essa mudança de pensamento. A verdade é que as oportunidades de manifestação da subjetividade do pesquisador eram muito maiores naquela dissertação de mestrado do que nesta tese de doutorado. O tema mais teórico, mais atual, mais opinativo, dava ensejo a extensas divagações pessoais sobre epistemologia, resistência política e teoria do direito, que efetivamente apareciam com frequência no estudo. A maior liberdade de escrita e a possibilidade metodológica de dar livre vazão à inspiração, aliadas ao reconhecimento crítico de que toda escrita é inevitavelmente condicionada, talvez tenham propiciado o desenvolvimento de uma visão que tendia a reduzir a importância do trabalho pessoal, diante da densidade da circulação ininterrupta de idéias e problemas, que aos gregos apeteceu chamar de ‘musas’.

Paradoxalmente, as restrições à subjetividade que decorrem do próprio objeto de pesquisa dessa tese de doutorado (mais histórica, factual, empírica) fizeram com que aparecesse com mais vigor o trabalho braçal necessário ao seu desenvolvimento, deixando em segundo plano a força inspiradora dos métodos inovadores e *insights* originais. Ao

mesmo tempo, as condições materiais específicas de seu desenvolvimento (as constantes viagens em busca de documentos históricos, o envolvimento de várias pessoas nas fases iniciais, a necessidade de financiamento público da pesquisa, a solidão do período de afastamento durante o doutorado-sanduíche, os impactos gerados por esse afastamento na vida profissional e familiar) contribuíram para ressaltar a importância dos colaboradores na construção do resultado final, demonstrando de forma irrefutável que sem eles estas páginas absolutamente não existiriam. Nem mesmo “circulando na densa massa anônima de informações que pertencem ao espírito do nosso tempo”.

Continua sendo verdade que o nome escrito na primeira destas poucas centenas de folhas encadernadas pouco importa. Não, porém, porque tenha sido mero veículo inconsciente para a manifestação da inspiração extra-subjetiva; a pesquisa exigiu trabalho, que implica em dedicação pessoal e consciente, e exige a vontade inabalável de seguir todos os passos necessários para conduzi-la a seu termo final. O nome da capa não importa, não porque o autor seja mero instrumento, mas porque tem perfeita consciência de que sozinho **nada teria feito**. Um trabalho de porte como este é sempre, e inevitavelmente, trabalho coletivo, união de esforços para a realização de um mesmo fim. Por isso os nomes que importam são os que aparecem aqui, injustamente escondidos em meio a agradecimentos que sequer são lidos, no limbo entre a fulgurante capa e o profundo conteúdo dos livros e trabalhos científicos. Não é figura de retórica, mas a mais objetiva descrição da realidade, dizer que foi unicamente a união da dedicação, do trabalho e dos sacrifícios da multidão de pessoas de várias partes do mundo que participou desta pesquisa em cada um dos longos quatro anos durante os quais ela foi realizada, que possibilitou que essas páginas conhecessem a luz do dia.

Assim, começo agradecendo aos partícipes acadêmicos da pesquisa, iniciando por meu “tri-orientador”, o professor Ricardo Marcelo Fonseca, pelos doze anos de ensino dedicado e mestria atenciosa, pelo exemplo acadêmico, pelo importante incentivo a que a pesquisa tivesse início e durante todas as fases de sua realização, pela incompreensível compreensão durante a orientação, pela disposição ao auxiliar na resolução dos inevitáveis problemas que aparecem em um percurso longo como esse e, pela segunda vez, pela orientação atenta mesmo quando a um oceano de distância (agora em sentido contrário). Também pelo empenho, como Diretor da Faculdade de Direito da UFPR, no fortalecimento de nossas relações com instituições de renome internacional, que

propiciaram várias oportunidades de aprofundamento teórico e a realização do estágio de pesquisa na Europa. *Sono molto grato* também aos professores Bernardo Sordi e Paolo Cappellini, ambos da Faculdade de Direito da Universidade de Florença, pela gentileza com que me receberam nos quatro meses em que estive no *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, e ao professor Bernardo Sordi especialmente por sua atuação como tutor em meu período de doutorado-sanduíche, pelas reuniões de orientação e pela boa vontade em contribuir para a realização de uma pesquisa sobre a história do direito brasileiro – aturando com paciência oriental o acúmulo das burocracias brasileira e italiana.

Agradeço aos professores Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender, Celso Luiz Ludwig e Luís Fernando Pereira Lopes, pelo amor cruel com que examinaram as primeiras páginas do trabalho durante a banca de qualificação, compartilhando com generosidade impiedosa os seus conhecimentos e contribuindo, com suas leituras atentíssimas, para reduzir a quantidade de deficiências do autor a se manifestarem diretamente como deficiências da pesquisa. Permitiram assim que a tese adquirisse vida própria, superando os limites impostos pela falsa paternidade.

Agradeço antecipadamente também aos professores Cristiano Paixão e Sérgio Said Staut Júnior, que junto com os professores Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender, Luís Fernando Pereira Lopes e Ricardo Marcelo Fonseca comporão a banca de avaliação desta tese, pela disposição em discutir os resultados da pesquisa e pelas críticas que certamente permitirão o seu aprofundamento em ocasiões posteriores.

Merecem especial reconhecimento as bibliotecas das Faculdades de Direito da UFPR, da USP e da UFPE, cujo auxílio foi inestimável na consulta aos programas dos Cursos de Direito das Faculdades de Direito de São Paulo e Recife, além do acesso às obras doutrinárias sobre o direito administrativo publicadas no século XIX. Agradeço a todos os profissionais envolvidos na guarda e conservação dos volumes históricos na pessoa de Paula Carina de Araújo, bibliotecária da Biblioteca de Ciências Jurídicas da UFPR, que se empenhou por alguns meses em estabelecer o imprescindível contato com as bibliotecas de outros estados, e é a principal responsável pelo acesso que tive a tais materiais. Sou obrigado a agradecer também ao prof. Samuel Barbosa, pela ajuda na localização dos volumes históricos e pela amabilidade com que me recebeu durante as pesquisas na USP, além da promissora pesquisadora Thais Pinhata, pela inacreditável

solicitude com que trocou a areia da praia pela poeira dos livros em uma manhã ensolarada no Recife.

Devo *gracias* a todos os companheiros dos grupos de pesquisadores de que fiz e faço parte, o *Instituto Latino-americano de História do Direito*, a *Escuela de Graduados Alemana – Argentina - Brasileña*, o *Instituto Brasileiro de História do Direito* e o *Núcleo de Pesquisa Direito, História e Subjetividade*, pelo profícuo diálogo que se estabeleceu nos últimos anos em nível intercontinental, e pelo interesse que demonstraram em discutir as hipóteses desta pesquisa desde quando ela ainda se encontrava nas primeiras fases de seu desenvolvimento, durante os nossos vários encontros em Puebla, Curitiba, São Paulo e Buenos Aires.

Finalizando os agradecimentos acadêmicos, sou obrigado a reconhecer que sem a bolsa de estudos do Programa de Doutorado com Estágio no Exterior (doutorado-sanduíche) financiada pela CAPES³ o resultado deste trabalho teria sido muito mais pobre, pois eu não teria tido a oportunidade de participar por quatro meses do mais prestigioso instituto de pesquisas em história do direito do mundo. Desde as secretárias do Programa de Pós-Graduação em Direito até a banca examinadora, agradeço pela oportunidade única de crescimento pessoal e acadêmico.

Mas a realização de uma pesquisa deste porte, durante todo esse tempo, exige também a compreensão e a dedicação de pessoas que, ainda que não participem diretamente de sua elaboração, sofrem suas conseqüências indiretas e, seja pelo permanente incentivo, seja pela extrema tolerância, devem ser aqui mencionadas. Agradeço, assim, a todos os colegas da *Companhia Paranaense de Energia*, que por tantas vezes sofreram as conseqüências de minha ausência e suportaram com generosidade o meu período de estudos no exterior; dentre eles, especialmente aos colegas da equipe de licitações e contratos administrativos, que mais foram castigados pela ausência de um membro em nosso grupo já tão reduzido: Leane Melissa Olicshevis, Christiane Mercer, Mara Angelita Ferreira, Marco Antonio de Luna, Cláudia Camacho Rojas, Pricila Carrano e Mari Kakawa, obrigado por segurarem a barra todo esse tempo. Agradeço também aos gerentes José Manoel dos Santos, Damasceno Maurício da Rocha Filho, Regina Maria Bueno Bacellar e Zuudi Sakakihara, pelo permanente incentivo à pesquisa acadêmica e por consentirem com a minha ausência durante o período de estudos em Florença.

³ Programa de Doutorado com Estágio no Exterior (PDDE/CAPES – Doutorado-sanduíche), processo nº 1507-10-9.

Também sofreram as conseqüências dessa viagem os colegas da *Faculdade de Direito Dom Bosco*, que inesperadamente perderam um de seus professores pouco antes do início do período letivo, mas sempre incentivaram a continuidade da formação acadêmica e a qualificação do corpo docente da instituição; na pessoa dos professores Cristiano Dionísio, Evilásio Gentil de Souza Neto e Luciano Marchesini agradeço a todos os parceiros de ensino.

Por fim, agradeço a todos os amigos e familiares que incentivaram a realização da pesquisa desde o seu início, que me fizeram companhia ou sofreram com minha ausência durante os quatro meses que pareceram quatro anos de *soggiorno fiorentino*, e que ainda assim dividiram comigo suas forças em todos os momentos difíceis, contribuindo para aliviar a solidão com um suporte emocional sem o qual a estadia teria sido em vão, e as páginas do documento *Word* teriam voltado em branco: aos amigos de campanha Ricardo Sontag e Alex de Castro, pela companhia nas tardes lentas do *Centro di Studi* e nas noites memoráveis do *Centro Storico*, pela generosidade com que compartilharam comigo suas vidas florentinas e por facilitarem em inumeráveis aspectos, com suas experiências, a minha estada na Itália; aos inesquecíveis amigos semi-florentinos, que transformaram trabalho em diversão e fizeram da Europa meu segundo lar: Déia, Javier, Gabarito, Nunes, Don, França, Andrea, Kadi, Diana, Heidi, Karolina, Zuza, Niccolò, Vincent, Sandra, David, Edmée, Zuzka, Maíke, Lizz, Daniele, Julien, Dean, Janelle, Elise, Will, Elisa, Lisa, Kathrin, Helena, Marija, Bea, Dario, Brenda, Megan, Amy, Rosa, Morgan, Marco e Antonio, com muita saudade de todos; aos amigos Daniel Krüger Montoya e Muriel Gonçalves Martynychen, pelo interesse e incentivo durante todo esse período, e pelas conversas *online* ao computador; ao Muriel, especialmente, por novamente me salvar na última hora, indicando o apartamento que aluguei em Florença depois de alguns meses de buscas infrutíferas; ao amigo Raphael Moura Garcia, pelos onipresentes comentários inoportunos; aos novos velhos amigos, que ajudaram atrapalhando nos últimos e mais difíceis passos da jornada: Guto, Ana Paula, Martha, Michele, Murilo, Eduardo e Marco; à Camila, porque sim; aos demais amigos e familiares, todos incluídos, mesmo os emprestados, pelo apoio incondicional, pela torcida constante, e pela presença indispensável em todos os momentos mais importantes desta pesquisa e de minha vida, ajudando a suportar até mesmo aquelas dificuldades que pareciam insuportáveis; dentre eles, ressalto a justa importância de Fátima e Gustavo, minha mãe e meu irmão: pelo

carinho revelado, pela amizade redescoberta, o clichê da distância reforçou ainda mais os já fortes laços que nos uniam.

Amigos e amores, obrigado. É a existência de pessoas como vocês que dá algum sentido à esterilidade destas páginas de auto-referencialidade intelectual.

Escrito em sua maior parte em Florença durante o outono de 2010, no ponto equidistante entre o dia de chegada e o dia de retorno dos poucos, mas longos quatro meses em que estive tão distante de tantas pessoas tão queridas.

Talvez entendam outros que se podem dispensar estas idéias gerais; que o estudo deve consistir no mero conhecimento dos textos de nossas leis administrativas. Mas a noção material das leis sem a compreensão do espírito que as vivifica, e razão que as explica, nunca pode constituir o jurista, e sim o obscuro leguleio, quer trate-se do direito privado, quer do administrativo, ou de qualquer outro.

Antonio Joaquim Ribas

SUMÁRIO

| | |
|--|------|
| LISTA DE ILUSTRAÇÕES..... | XIII |
| RESUMO..... | XIV |
| RIASSUNTO..... | XV |
| 1 INTRODUÇÃO..... | 1 |
| 2 O PROBLEMA EM IMAGENS: ENTRE A JURISDIÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO..... | 20 |
| 3 A GÊNESE DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA EUROPA..... | 45 |
| 3.1 A Palavra, a Coisa, o Direito..... | 45 |
| 3.2 O Estado Jurisdicional..... | 55 |
| 3.3 Inflexão do Estado Jurisdicional: o Estado de Polícia e a construção da Administração..... | 76 |
| 3.4 O Estado Administrativo..... | 95 |
| 4 A GÊNESE DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL..... | 114 |
| 4.1 A Palavra, o Direito, a Coisa..... | 114 |
| 4.2 Pré-História (1821-1854): a invenção de um Estado para a Nação..... | 121 |
| 4.3 A Formação do Direito Administrativo Brasileiro (1854-1879)..... | 155 |
| 4.4 Rumo à República: consolidação e disciplinarização (1879-1895)..... | 196 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 210 |
| 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 215 |

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

| | |
|---|-----|
| Figura 1 – <i>Alegoria do Bom Governo</i> , Ambrogio Lorenzetti..... | 21 |
| Figura 2 – Detalhe: a Justiça, <i>Alegoria do Bom Governo</i> , Ambrogio Lorenzetti..... | 22 |
| Figura 3 – Detalhe: o Bom Governo, <i>Alegoria do Bom Governo</i> , Ambrogio Lorenzetti... | 24 |
| Figura 4 – Detalhe: a Cidade, <i>Efeitos do Bom Governo</i> , Ambrogio Lorenzetti..... | 25 |
| Figura 5 – Detalhe: o Campo, <i>Efeitos do Bom Governo</i> , Ambrogio Lorenzetti..... | 26 |
| Figura 6 – <i>Alegoria do Mau Governo e Efeitos do Mau Governo</i> , Ambrogio Lorenzetti.. | 27 |
| Figura 7 – <i>Alegoria do Mau Governo</i> , Ambrogio Lorenzetti..... | 28 |
| Figura 8 – Detalhe: a Cidade, <i>Alegoria do Mau Governo</i> , Ambrogio Lorenzetti..... | 29 |
| Figura 9 – Detalhe: o Campo, <i>Alegoria do Mau Governo</i> , Ambrogio Lorenzetti..... | 30 |
| Figura 10 – <i>Fachada do Palácio Comunal de Siena</i> | 32 |
| Figura 11 – <i>Frontispício do Palácio da Senhoria de Florença</i> | 33 |
| Figura 12 – <i>Sala da Justiça, Palácio da Senhoria de Florença</i> | 35 |
| Figura 13 – <i>Palácio Capanema, Rio de Janeiro</i> | 39 |
| Figura 14 – <i>Sessão do Conselho de Estado</i> , Georgina de Albuquerque (1922)..... | 114 |
| Figura 15 – <i>Independência ou Morte</i> , Pedro Américo (1888)..... | 115 |
| Quadro 1 – <i>Atas do Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil (1822-1823)</i> | 131 |
| Quadro 2 – <i>Atas do Conselho de Estado no Primeiro Reinado (1823-1831)</i> | 137 |
| Quadro 3 – <i>Atas do Conselho de Estado na Regência (1831-1834)</i> | 144 |

RESUMO

Esta pesquisa investiga o período de formação do direito administrativo brasileiro, procurando compreender o modo como ele se desenvolve e as funções que cumpre no país, em comparação com as sociedades européias onde ele foi construído originariamente. Parte-se da premissa de que, surgindo na Europa como racionalização *a posteriori* de uma realidade já existente, a lógica de formação do direito administrativo em seu continente natal é presidida por uma racionalidade disciplinar/normalizadora, que exprime as novas formas de organização do governo dos homens que surgem com a consolidação do Estado Administrativo moderno no ocidente. Pretende-se, então, compreender de que maneira se desenvolve um direito administrativo brasileiro, diante das especificidades do dispositivo de poder vigente no país durante todo o período Imperial, e especialmente no Segundo Reinado. Para isso, será investigada a hipótese de que a ciência do direito administrativo, no Brasil, não cumpriu a função de fortalecimento do Estado que cumpriu na Europa do século XIX; importado principalmente da França, o conjunto de conceitos, teorias e vocabulários do discurso jurídico administrativista, ao ser recebido no Brasil é reterritorializado, passando a desempenhar uma função diversa: em vez de regular o exercício das funções executivas visando ao fortalecimento de um Estado já existente, fundar a legitimidade de um Estado inexistente e ainda por ser construído. Para testar essa hipótese será necessário compreender o processo que deu origem à formação de um discurso científico sobre o direito administrativo no Brasil, examinar o conteúdo desse discurso, e verificar de que maneira as características próprias da realidade brasileira aparecem em seus interstícios.

RIASSUNTO

Questa ricerca indaga il periodo formativo del diritto amministrativo brasiliano, cercando di capire il suo sviluppo e le sue funzioni nel paese, rispetto alle società europee in cui è originariamente apparso. Si inizia con la premessa che il diritto amministrativo è emerso in Europa come una razionalizzazione *a posteriori* di una realtà già esistente, e così la logica di formazione del diritto amministrativo nel continente è diretta da una razionalità disciplinare/normalizzatrice, che esprime le nuove forme di organizzazione del governo degli uomini che vengono con il consolidamento del moderno Stato Amministrativo in Occidente. L'obiettivo è, quindi, di capire come si sviluppa un diritto amministrativo brasiliano, di fronte alle specificità del dispositivo di potere in atto nel paese per tutto il periodo Imperiale, soprattutto nel Secondo Regno. Per questo, studieremo l'ipotesi che la scienza del diritto amministrativo, in Brasile, non ha svolto il ruolo di rafforzamento dello Stato che ha svolto nell'Europa del ottocento; importato dalla Francia, l'insieme di concetti, teorie e vocabolari del discorso giuridico amministrativo, quando è stato ricevuto in Brasile è stato retterritorializzato, andando a giocare un ruolo diverso: invece di disciplinare l'esercizio delle funzioni esecutive, al fine di rafforzare uno stato già esistente, il ruolo di stabilire la legittimità di uno stato inesistente e ancora in costruzione. Per verificare questa ipotesi sarà necessario comprendere il processo che ha portato alla formazione di un discorso scientifico in materia di diritto amministrativo in Brasile, esaminare il contenuto di questo discorso, e valutare come le caratteristiche della realtà brasiliana appaiono nei suoi interstizi.

1 INTRODUÇÃO

É consenso entre os doutrinadores⁴ a afirmação de que o direito administrativo nasceu na França napoleônica, ao final do século XVIII, em decorrência da atividade pretoriana do Conselho de Estado. Criado como jurisdição especificamente administrativa, separada da justiça comum⁵, este órgão promoveu a elaboração jurisprudencial dos princípios fundamentais do direito administrativo (a responsabilidade civil da Administração, a alteração unilateral dos contratos, o regime especial dos bens sob domínio público, a teoria das nulidades dos atos administrativos, etc.), construindo-o primariamente como direito não-legislado, cuja especificidade procedia do fato de se referir à Administração Pública como sujeito a que se destinava com exclusividade.

A jurisprudência do Conselho de Estado rapidamente adquiriu estatuto acadêmico, e em 1815 a disciplina científica ‘direito administrativo’ já integrava a grade curricular das faculdades de Direito francesas. Simultaneamente à difusão acadêmica ocorre uma difusão tratadística da disciplina, inicialmente centrada na análise da jurisprudência do Conselho de Estado – com obras como as *Istituzioni di Diritto Amministrativo* do italiano Gian Domenico Romagnosi (1814), os *Eléments de Jurisprudence Administrative* de Louis-Antoine Macarel (1818), e as *Questions de Droit Administratif* de Louis Marie de Lahaye Cormenin (1822) –, e logo em seguida buscando oferecer uma exposição completa e ordenada do conteúdo legislativo da disciplina – como os

⁴ Ainda que continue existindo uma ou outra alegação pontual de que o direito administrativo teria suas “origens remotas” (seja lá o que isso signifique) na Antigüidade clássica, a doutrina unanimemente encontra o mesmo ponto de partida para a ciência moderna do direito administrativo. Nesse sentido, Bandeira de Mello (2007), Blanchet (1998), Caetano (1991), Cavalcanti (s.d.), Cretella Júnior (1989), Di Pietro (2005), Gasparini (1993) e Meirelles (2006).

⁵ A lei francesa sobre organização judiciária, de 16 e 24 de agosto de 1790, fundou o princípio de separação entre as autoridades administrativas e judiciárias, ao dispor, em seu artigo 13, que “as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de alta traição, perturbar, de qualquer maneira, as operações dos corpos administrativos, nem citar perante eles os administradores em razão de suas funções” (tradução livre). A constituição francesa de 13 de dezembro de 1799 (22 frimário, ano VIII), em seu art. 52, encarregava o Conselho de Estado de “redigir os projetos de lei e os regulamentos da administração pública e de resolver as dificuldades que se apresentem em matéria administrativa” (tradução livre), e, apenas alguns meses mais tarde, a lei de 17 de fevereiro de 1800 (28 pluviôso, ano VIII) criava os conselhos administrativos, instaurando definitivamente a jurisdição administrativa (artigos citados: **Loi sur l’Organisation Judiciaire**, Article 13. Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions; **Constitution du 22 frimaire an VIII**, Article 52. Sous la direction des consuls, un Conseil d’Etat est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d’administration publique, et de résoudre les difficultés qui s’élèvent en matière administrative).

Institutes de Droit Administratif, publicados por Joseph Marie De Gérando em quatro volumes entre 1828 e 1830 (MANNORI e SORDI, 2003:278).

Assiste-se, portanto, na Europa dos séculos XVIII e XIX, a um intenso processo de criação do direito administrativo e autonomização da ciência jurídica administrativista. A profundidade e a velocidade destas transformações podem ser explicadas: no século XIX as revoluções burguesas já haviam conseguido efetuar com sucesso a separação entre a administração pública e o poder jurisdicional típico da idade média, assegurando ao Estado a autonomia de que necessitava para promover a centralização do poder político, a regulamentação da cidade e a construção de uma ordem capitalista. Como afirmam Mannori e Sordi, os pontos cardeais que orientam a concepção do direito administrativo como objeto específico de uma disciplina autônoma são constituídos pelo tríplice postulado de que (1) a administração existe, (2) não possui qualquer ponto em comum com o judiciário, e (3) é poder estatal⁶. Ou seja, o interesse dos juristas europeus pelo fenómeno administrativo decorre da necessidade de dar conteúdo preciso à independência considerada já existente da administração em relação à justiça, compreendida como princípio constitucional indiscutível e constituída como realidade incontornável. É o que explicam os autores⁷:

Il suo valore culturale [del diritto amministrativo] consiste piuttosto nell'offrire una prima giustificazione della radicale antinomia tra amministrazione e giustizia e nel recepirla senza riserve all'interno del proprio sistema giuridico. Ovvero, più semplicemente, nello sgrossare *la nozione ottocentesca di amministrazione pubblica*.

A mesma explicação é formulada por António Manuel Hespanha (2006:7), quando analisa a inclusão do direito administrativo nas faculdades portuguesas:

A criação dessa cadeira correspondia, afinal, à transcrição no ensino universitário de uma realidade insofismável. Desde os finais do século XVIII a administração vinha, incessantemente, crescendo. E, sobretudo com a restauração da Carta e com os subseqüentes decretos ditatoriais de Mouzinho e de Passos Manuel, isso tinha-se tornado gritante. Nem o conservadorismo do corpo académico coimbrão, reactivo a abandonar o elenco das matérias legadas pela reforma pombalina e – muito menos – em admitir que era a lei do legislador e não a doutrina das gentes

⁶ “Ora, il cardinale concettuale di questo universo, ciò che lo rende pensabile come un oggetto in sé compiuto, è costituito in sostanza dal triplice postulato in base al quale l'amministrazione esiste, non presenta alcun punto in comune con la giustizia e proprio per questo è potere” – MANNORI e SORDI, 2003:281.

⁷ “O seu valor cultural [do direito administrativo] consiste principalmente no oferecimento de uma primeira justificação para a radical antinomia entre administração e justiça, e em seu recebimento sem reservas no interior do próprio sistema jurídico. Ou, mais simplesmente, no fortalecimento *da noção oitocentesca de administração pública*” (tradução livre, explicação entre colchetes, grifos no original) – MANNORI e SORDI, 2003:281.

que fazia direito – podia desconhecer que, correspondendo à crescente hegemonia adquirida pela atividade do Estado, o Direito Administrativo tem que ser considerado como “superior, em categoria, ao Direito Civil, ou Particular, mais difícil, e talvez mais vasto, e de mais freqüente aplicação”. Ora, a esta crescente importância da Administração e do seu direito não correspondia “uma cadeira, aonde se ensine e se desenvolva este ramo da ciência”.

Em suma, o direito administrativo e a ciência jurídico-administrativa se afirmam sobre a base de um discurso que se reconhece como racionalização *a posteriori* de uma realidade considerada previamente existente. Independente da (errônea) auto-percepção dos pioneiros da disciplina, que não compreendiam que a construção do direito administrativo construía também a própria administração que se pretendia regular, o fato é que o advento da ciência na Europa assinala a maturidade do processo histórico de edificação de um Estado nacional autônomo e capaz de regular as suas próprias atividades. Pode-se compreender, então, a organização deste novo ramo do saber jurídico como mais um dos múltiplos relés de causa-efeito ativados pela transformação radical que ocorre no dispositivo de poder existente nas sociedades européias do início da modernidade: de sociedades de soberania, marcadas pela existência de um Estado de Justiça que fundamentava suas práticas de poder em uma legitimidade originária, para uma sociedade disciplinar, organizada em torno de um Estado de Polícia que exerce seu poder de forma regulamentar, visando à proteção permanente da sociedade e ao crescimento contínuo das forças do Estado.

Como explica Michel Foucault (2000:50), até o século XVI a organização do Estado se baseava em um modelo jurídico, que fundava a legitimidade do poder político nos direitos ancestrais do soberano. Desse modo, a tecnologia de poder das sociedades de soberania funcionava segundo um binômio jurídico ‘proibido x permitido’, cominando, pelo descumprimento da regra legal, uma sanção repressora que se exercia diretamente sobre o corpo dos súditos. Afinal, em um regime político cujo suporte era a legitimidade do poder real, a violação da lei representava também um desafio lançado ao soberano, que devia provocar uma réplica capaz de vencê-lo por um excesso que o anulasse – geralmente através do espetáculo público do suplício, demonstração eficaz da enorme dissimetria de forças existente em favor do rei.

Essa tecnologia de poder fundada na legitimidade da soberania é correlativa de um regime de produção: a riqueza dos séculos XVI e XVII era constituída por grandes extensões de terras, espécies monetárias e letras de câmbio passíveis de troca, o que

permitia o seu controle sob a forma menos sofisticada da *apropriação* (FOUCAULT, 2001:100). Desempenhando as funções de assenhoramento da produção e controle sobre um território, a tecnologia de poder soberana constituía o rei como detentor de uma série de direitos fiscais que lhe asseguravam o recebimento de parcela substancial da produção e a obediência dos súditos, garantindo o seu domínio. Assim, a ação meramente interditória/repressora sobre as condutas, a simples apropriação das riquezas e o exercício direto do poder soberano sobre o corpo dos súditos e o território eram já suficientes para garantir a sua segurança, o que possibilitava às sociedades do Antigo Regime conviver com uma certa margem de tolerância para com os ilegalismos populares.

Essa tecnologia, no entanto, se mostrou inadequada para reger o corpo econômico e político de uma sociedade em vias de explosão demográfica e industrialização (FOUCAULT, 2002:72). Com o aumento geral da riqueza e o crescimento demográfico, os ilegalismos populares passam a ter como alvo não mais direitos, mas bens, e a pilhagem e o roubo tendem a substituir o contrabando e a sonegação fiscal, que se tornam privilégios da classe dominante. Esses novos ilegalismos não podem ser tolerados pela burguesia comercial e industrial; afinal, o desenvolvimento do modo de produção capitalista faz com que as riquezas deixem de ser investidas em terras e espécie monetária para serem investidas em uma materialidade não-monetária constituída por mercadorias, estoques, máquinas e oficinas. A nova forma de acumulação deixa a riqueza diretamente exposta à depredação, pois toda a “população de gente pobre, de desempregados, de pessoas que procuram trabalho” (FOUCAULT, 2001:100) passa a ter agora um contato direto, físico com a riqueza. As novas formas de distribuição espacial e social da riqueza industrial exigem novas formas de controle social, e o grande problema do poder passa a ser o de instaurar mecanismos de controle que permitam a proteção dessa fortuna.

É nesse contexto que surgem as disciplinas, “métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade” (FOUCAULT, 2002:118), reduzindo a força do corpo como força política e maximizando-a como força econômica. Dissociando o poder do corpo, de modo a tornar o exercício do poder o menos custoso e mais efetivo possível, e ligando-o ao rendimento dos aparelhos no interior do qual se

exerce (de produção, escolar, militar, administrativo, etc.) para fazer crescer a docilidade e a utilidade dos elementos do sistema, a disciplina permite colocar essa enorme quantidade de riquezas não-monetárias nas mãos do proletariado sem deixar de garantir a sua segurança contra roubos e depredações.

A disciplina aumenta as forças do corpo em termos econômicos e de utilidade, e as reduz em termos políticos de desobediência. Desse modo faz do corpo, por um lado, um instrumento, um meio de produção, uma aptidão passível de ser aumentada e aproveitada; por outro lado, a disciplina inverte em seu favor o aumento de forças que poderia resultar desse procedimento e faz dessa relação uma relação de sujeição estrita, tornando o exercício do poder menos custoso economicamente e mais eficaz politicamente. Organiza-se, assim, um dispositivo com capacidade para regulamentar em detalhes a vida individual e com o objetivo de fazer com que, sem afetar a ordem do Estado, as suas forças cresçam o máximo possível (FOUCAULT, 2004c:329).

O Estado Administrativo francês que se organiza a partir do final do século XVII é construído por esse dispositivo, e por isso recebe a marca do regulamento indefinido, permanente, perpetuamente renovado, mais e mais detalhado, sobre as mais ínfimas atividades dos indivíduos. Como afirma Foucault (2004c:348), a grande proliferação das disciplinas locais e regionais a que se pôde assistir desde o fim do século XVI até o século XIX se destaca do fundo de uma tentativa de disciplinarização geral, de regulamentação geral dos indivíduos e do território do reino, sob a forma de uma polícia de modelo essencialmente urbano. Se é neste contexto que surge na Europa uma ciência do direito administrativo, ela não pode ser decifrada a não ser que se leve em consideração a importância do disciplinamento dos indivíduos e da regulamentação da cidade como modo de se proteger as novas formas de riqueza e assegurar o crescimento contínuo das forças do Estado.

Logo, é possível afirmar que a criação de um órgão autônomo para a regulação e o julgamento dos atos da administração, acompanhada da exclusão dos juízes da esfera administrativa, corresponde à organização da administração pública como instituição regulamentar da sociedade – a ordenar a multiplicidade caótica que, nas sociedades de soberania da idade média, era passível de controle pelo sistema de proibições de um dispositivo jurídico. A nova realidade social e econômica exige a construção de um dispositivo de poder mais complexo, disciplinar, ao qual a ciência jurídica

administrativista que surge no início do século XIX responde ativamente, colaborando na racionalização deste processo de reorganização da microfísica política e do aparelho estatal.

Surpreendentemente, é assim também que os próprios teóricos do direito enxergavam a atividade administrativa do Estado oitocentista, compreendendo-a essencialmente como instituição disciplinar. Vários exemplares dessa forma de pensamento se encontram no estudo histórico de Mannori e Sordi (2003:282), que citam Portiez de l'Oise, para quem “administrar é agir, e agir sem interrupção”, Charles Bonnin, que afirma que a ação administrativa “é de todos os momentos, pois não há um instante da vida em que o cidadão não esteja em relação com o Estado”, Louis Antoine Macarel, que define a administração como a “ação vital do governo, que provém incessantemente a segurança geral, a manutenção da ordem pública e a satisfação de todas as outras necessidades da sociedade”, e Lione, segundo o qual a ação administrativa é uma ação “incessante, geral, e se faz sentir em todos os domínios da ordem pública”. Embora não façam referência explícita ao pensamento de Foucault em seu estudo sobre as origens do direito administrativo, percebe-se que os autores têm a intuição de que existe, nos interstícios do discurso jurídico-científico, a microfísica de um dispositivo de poder a assegurar, por meio de uma intervenção estatal permanente, o disciplinamento da sociedade e a utilidade dos indivíduos para o fortalecimento do Estado:

Viene così a formarsi un patrimonio di luoghi comuni fondativi che continuerà a produrre suoi effetti fin quasi a noi. Dalla posizione di contestatissima ultima arrivata nel catalogo delle pubbliche funzioni, l'amministrazione si trova in pochi anni promossa al rango dell'attività statale più indefettibile e necessaria. Quella legittimazione che essa aveva tanto faticosamente cercato negli anni della vecchia monarchia, l'ha ora finalmente trovata in questo Stato nuovo, che fa della cura degli interessi generali il suo obiettivo essenziale (2003:284)⁸.

O argumento é refinado por António Manuel Hespanha, que, sem deixar de reconhecer a importância do dispositivo disciplinar para a formação do direito administrativo, ressalta que ele não se contenta em apenas organizar os regulamentos

⁸ “Forma-se, assim, um patrimônio de lugares comuns fundantes que continuará a produzir seus efeitos quase até a atualidade. Da posição de contestadíssima última novidade no catálogo das funções públicas, a administração se encontra, em poucos anos, promovida ao posto de atividade estatal mais indefectível e necessária. Aquela legitimação que havia, com tanto esforço, buscado nos anos da velha monarquia, finalmente a encontrou agora neste Estado novo, que faz do cuidado dos interesses gerais o seu objetivo essencial” (tradução livre).

da administração dirigidos a ela mesma (como fazia o direito de polícia); além de contemplar este aspecto, o direito administrativo nascente incorpora também normas referentes à relação da administração com os particulares, opondo-se tanto ao Estado de Polícia – na medida em que procura regular as prerrogativas de intervenção da administração sobre a sociedade – quanto à proposta de Estado Liberal – na medida em que exige o reconhecimento de um estatuto jurídico diferenciado para o Estado-administrador. Conclui o autor (2006:2):

Assim, as linhas de força dessa primeira fase do direito administrativo são:

- Na seqüência dos cameralistas, a regulação jurídica das actividades administrativas, de acordo com a ciência da polícia;
- A construção de um regime jurídico que exceptonasse o direito administrativo do regime geral de restrições às actividades do poder motivadas pela preeminência dos direitos individuais [...];
- A construção de uma doutrina administrativa baseada mais em princípios doutrinários do que em estritas regras legais, que permitisse escapar ao estrito controlo governamental-parlamentar, construindo um poder administrativo por cima das contingências da política.

Muito distinta parece ser a situação no Brasil. Chegando ao nosso país com quase meio século de atraso, nos anos 50 do século XIX, a ciência do direito administrativo desenvolvida na França se enquadra em outro tipo de sociedade, com características específicas, o que faz com que este discurso científico assumira uma função política distinta daquela função disciplinante e regulamentadora que precisou cumprir nas sociedades europeias do período napoleônico.

Embora as primeiras cadeiras de direito administrativo tenham sido instaladas no Brasil em 1854, nas Faculdades de Direito de São Paulo e Recife, não havia ainda no país uma administração pública suficientemente organizada que pudesse ser objeto de estudo da disciplina. Se na Europa a ciência do direito administrativo representa uma racionalização concomitante ou *a posteriori* das importantes transformações por que vinha passando o Estado burguês desde o século XVII, no Brasil ela não passa de importação de um conjunto de doutrinas alienígenas, que apenas com dificuldade poderiam se relacionar com a realidade política e institucional do país.

O fato é que o objeto de estudos que possibilita a construção de uma ciência do direito administrativo – o Estado de Polícia – é uma consequência necessária do contexto de competição internacional em que viviam os Estados europeus nos primeiros anos do desenvolvimento do capitalismo, fortemente marcados pelo

mercantilismo. Não era a situação do Brasil oitocentescos, em que predominava uma economia agrária, voltada para a exportação e dependente da Europa Ocidental; em uma sociedade como essa não havia razão para a construção de um aparato estatal interventor como o europeu, pois o dispositivo de poder vigente não dependia do disciplinamento dos indivíduos e da regulamentação das populações para se manter em funcionamento.

Vivia-se justamente em uma sociedade similar (quanto ao dispositivo de poder vigente) à que Foucault descreveu ao analisar a Europa do século XVI, alicerçada sobre um dispositivo de soberania, e muito mais preocupada em fornecer uma legitimidade jurídica originária ao poder político do que em intervir diretamente sobre a sociedade para a defesa do ‘interesse geral’. Nessas sociedades, onde o açambarcamento da produção ainda não havia sido substituído pelo disciplinamento dos trabalhadores, não fazia sentido atribuir ao direito a tarefa de regulamentar a intervenção do Estado sobre a sociedade – própria do direito administrativo europeu; em vez disso, o discurso e a técnica do direito funcionavam de modo a dissolver o fato da dominação, fazendo aparecer em seu lugar os direitos legítimos da soberania e a obrigação legal da obediência dos súditos – estabelecendo uma relação política de sujeito para sujeito, fundamentando a unidade do poder na figura do monarca, e demonstrando como um poder pode se constituir de acordo com uma legitimidade fundamental superior a todas as leis (FOUCAULT, 2000:50).

É claro que uma ciência do direito administrativo, em um contexto como esse, não poderia surgir espontaneamente, mas apenas como legado de uma cultura exótica, que se esforça para se adaptar a uma realidade distinta da que lhe deu origem. Aparece, assim, a incômoda pergunta que motivou o desenvolvimento da presente pesquisa: para que serve um direito administrativo no Brasil do século XIX? Ou, em termos mais precisos: como se forma uma ciência do direito administrativo no contexto em que vivia o Brasil Imperial? Quais são os saberes produzidos por essa ciência durante o período inicial de sua formação? E finalmente, que função o dispositivo de poder atribui a este discurso científico, quando ele se insere em uma sociedade em que parece não poder desempenhar nenhuma?

Tais questões são incômodas porque o pano de fundo sobre o qual elas são apresentadas as torna incômodas: admitindo-se como pertinente a hipótese foucaultiana

sobre o funcionamento do dispositivo de poder na modernidade⁹, conclui-se que a existência do direito administrativo pressupõe uma racionalização jurídica de práticas disciplinares típicas da sociedade de normalização, o que, ao menos como hipótese, não pode ser encontrado no Brasil até o início do século XX. O objetivo da presente pesquisa é fornecer algum tipo de resposta a esse conjunto de questões.

Para que o objetivo seja cumprido se torna necessária uma compreensão adequada do contexto histórico em que vivia o Brasil no período. Não se pode simplesmente transferir a descrição que Foucault fez da Europa medieval para o Brasil do século XIX; embora o dispositivo de poder funcionasse de modo similar, trata-se de formas distintas de organização social, decorrentes de formações históricas distintas, e que devem ter as suas especificidades respeitadas – sob pena de a análise ser distorcida pelas lentes de um olhar eurocêntrico. E logo de início já se percebe uma importante diferença, que talvez possa fornecer uma linha de interpretação dos problemas propostos: a soberania brasileira não era tradicional como a soberania européia, o que dificultava a fundamentação jurídica de sua legitimidade em termos de direitos ancestrais originários. O Brasil havia acabado de obter a sua independência de Portugal, de modo que o poder político não poderia continuar tendo o mesmo sustentáculo que o havia mantido até então; era preciso encontrar outro fundamento jurídico de legitimidade para a soberania, adequado ao momento de construção de um Estado original, e nesse contexto o direito administrativo parece ter desempenhado inicialmente a função inferior, mas fundante, de organização do poder político estatal e celebração da figura do Imperador como fator de unidade nacional.

A ciência do direito administrativo parece, então, desempenhar um papel imprescindível na construção do Estado brasileiro: fundamenta e legitima o poder

⁹ Temos consciência dos problemas que a tomada das contribuições de Foucault como principal referencial teórico da análise que se deseja realizar apresentam à presente pesquisa. Além das já conhecidas críticas às limitações empíricas das pesquisas realizadas pelo autor – que tendem a reduzir a sua qualidade como historiador –, o vocabulário conceitual e teórico por ele proposto é, em vários momentos, conflitante com o vocabulário conceitual já estabelecido e firmado na História do Direito, especialmente quando denomina “sociedades de soberania” formações político-sociais às quais apenas com muitas mediações se poderia aplicar a concepção jurídica de soberania (mas também na noção extremamente simplificadora de um “dispositivo jurídico de poder”, que reduz excessivamente as complexidades da *iurisdictio* medieval). Não obstante, é inegável que sem esse pano de fundo teórico sequer teria sido percebido o problema que motivou a realização da pesquisa, o que torna inevitável a retomada e a reutilização dessas ferramentas – com todas as mediações, adaptações e cautelas necessárias – teórico-conceituais para a abordagem do objeto de pesquisa delimitado. Ao termo e ao cabo, considera-se a teoria foucaultiana um mapa imprescindível para a navegação que se pretende realizar, concluindo-se que, apesar de suas imprecisões, ela mais ajuda do que atrapalha na busca das respostas desejadas.

político ao promover a mitificação jurídica da figura do Imperador, absolutizando a sua função moderadora de modo a cobrir a carência de absoluto que havia sido gerada pela independência política. Ainda que a tarefa não possa ser considerada essencial para a manutenção da estabilidade do regime político, que tende a se legitimar por inércia e tradição mesmo após a independência, é alicerce fundamental do discurso jurídico argumentativo de fundação e organização do novo Estado nacional – o que torna a sua compreensão imprescindível para a adequada decodificação da cultura jurídica pública no Brasil do século XIX. Como explica Paolo Grossi (2007:51), é mesmo essa a tarefa do mito:

A isso serve o mito, no seu significado especial de transposição de planos, de processo que obriga uma realidade a cumprir um vistoso salto de níveis transformando-se em uma *meta-realidade*; e, se cada realidade está na história, da história nasce e com a história varia, a meta-realidade constituída pelo mito torna-se uma entidade meta-histórica e, o que mais pesa, absolutiza-se, torna-se objeto de crença mais do que de conhecimento. O resultado estrategicamente negativo que provém da secularização pode ser exorcizado unicamente com uma trama mitológica.

Pretende-se, portanto, na presente pesquisa, defender a tese de que a ciência europeia do direito administrativo, criada para organizar a intervenção do Estado sobre a sociedade em um contexto de concorrência que tornava necessário assegurar o crescimento ordenado das forças do Estado, ao chegar ao Brasil é reterritorializada, passando a cumprir uma função distinta: a de fundação e organização de um Estado Nacional brasileiro. Essa função não é cumprida simplesmente com a atribuição de legitimidade ao poder soberano (que já não poderia se justificar juridicamente por seus direitos ancestrais – ainda que, politicamente, sim), mas através da construção mítica de um soberano criado para agir, ele próprio, como fundamento de um Estado sem fundamento – porque sem povo, sem nação, sem legitimidade originária –, na medida em que atua como fator de unificação de uma sociedade extremamente heterogênea. E após, superado o período inicial de consolidação da disciplina e do poder político Imperial, pela organização teórico-jurídica de uma estrutura administrativa para o Executivo brasileiro, afirmando-se essencialmente como ciência da constituição de uma estrutura administrativa para um Estado em construção, em vez de ciência da regulação da administração da sociedade por um Estado considerado preexistente.

Em outras palavras, embora se utilize de todo o vocabulário jurídico da ciência européia, a reflexão brasileira sobre o direito administrativo não parece desempenhar uma função administrativa-regulamentar, mas uma função constituinte-soberana. Desse modo, este trabalho deve ser situado no interior do debate acerca da formação histórica da ciência do direito administrativo, buscando alcançar basicamente três objetivos: investigar as razões históricas que conduzem à formação de uma ciência do direito administrativo no Brasil Imperial; descrever o pensamento jurídico-administrativo brasileiro no século XIX, decifrando os principais temas por ele debatidos; e compreender a função política desempenhada por estes saberes durante o processo de construção de um Estado Nacional. Apenas assim se pode efetivamente compreender a gênese histórica da ciência do direito administrativo, não como mera coletânea de nomes, fatos e datas, mas como configuração discursiva irremediavelmente inserida no tecido histórico que lhe deu origem.

Para a realização desta tarefa, o trabalho foi dividido em duas grandes partes: na primeira parte será realizada uma revisão da literatura existente sobre a formação do direito administrativo na Europa, buscando-se compreender com a maior profundidade possível o processo por meio do qual ocorreu a transição de um Estado Jurisdicional para um Estado Administrativo, com a conseqüente formação de um novo ramo do direito. Essa primeira parte deverá atuar como alicerce dos estudos que serão realizados na segunda parte deste trabalho, dedicado especificamente à compreensão do processo de formação de um direito administrativo brasileiro. Não será baseada em pesquisa de fontes primárias, por não ser este o principal objeto de estudo da pesquisa, e pela altíssima qualidade da historiografia já existente e consolidada sobre o tema¹⁰.

A segunda parte do trabalho tomará como objeto de estudo o saber erudito produzido sobre o direito administrativo em circulação no Brasil do século XIX, com o quê se pretende compreender as funções desempenhadas por esse discurso no processo de construção de um Estado nacional brasileiro.

¹⁰ Para ficarmos apenas com as grandes monografias sobre o tema podemos citar a *Introdução Histórica ao Direito Administrativo Francês* de Jean-Louis Mestre (1985), a *História do Direito Público na Alemanha* de Michael Stolleis (1998), a *História do Direito Administrativo* de François Burdeau (1995), a *Ciência do Direito Público* de Maurizio Fioravanti (2001), a *Introdução Histórica ao Direito Administrativo* de Gregoire Bigot (2002), a *História do Direito Administrativo* de Luca Mannori e Bernardo Sordi (2003), o *Construir o Estado* de Aldo Sandulli (2009) e o *Direito Administrativo – história e perspectivas* de Sabino Cassese (2010).

Deve-se ressaltar, preliminarmente, que para o tipo de estudo que se pretende realizar não é importante conhecer a prática administrativa concreta da então incipiente burocracia de Estado brasileira; tampouco se faz necessário atribuir conteúdos técnicos específicos a autores determinados, no que seria uma tentativa vã e inútil de estabelecimento de uma cronologia linear da “evolução” da dogmática jurídico-administrativa nacional. Afinal, não se trata de compreender o funcionamento real do nascente aparelho de Estado nacional, mas de identificar o discurso jurídico especializado que efetivamente circulava entre as elites políticas e intelectuais do período, verificando-se o papel que desempenhou na construção do próprio aparelho de Estado. Por outro lado, não contribui para a compreensão desse papel a atribuição de uma autoria ao discurso, ou a sua apropriação fragmentária por um saber mais preocupado em ressaltar as diferenças internas que a homologia de função; mais importante que saber quem disse o quê é ter em mente o fato de que o discurso circula através de seus enunciadores, tomados como pontos de apoio independentemente de suas vontades, podendo cumprir a mesma função geral ainda quando as intenções que motivaram as suas produções parciais sejam divergentes entre si (ou em relação ao projeto global do dispositivo político existente).

Partindo de tais premissas a pesquisa exigiu a identificação preliminar dos campos no interior dos quais pôde circular o discurso científico sobre o direito administrativo no Brasil Imperial; foram selecionados três *loci* de circulação potencial desse discurso erudito, a saber: o Conselho de Estado, cuja produção jurisprudencial é tradicionalmente identificada como uma das fontes do direito administrativo nacional; as Faculdades de Direito de São Paulo e Recife, campo privilegiado de circulação do discurso acadêmico; e a produção científica realizada sobre o tema nesse período inicial de formação, encontrada nos compêndios indicados para as Faculdades de Direito e nos livros que foram escritos sobre o direito administrativo no período delimitado. Estes três campos de circulação constituem as três linhas de pesquisa que orientaram a produção desta tese, e as principais fontes consultadas na identificação do conteúdo e das funções desempenhadas pelo direito administrativo no Brasil do Segundo Reinado.

Os resultados dessa pesquisa poderiam ser apresentados de duas formas: a partir de uma análise separada de cada um dos campos de circulação do direito administrativo,

que fosse capaz de identificar as peculiaridades e a contribuição específica de cada um deles para a produção da ciência nacional do direito administrativo; ou a partir de uma análise conjunta dos três campos selecionados em seus diversos períodos de formação, que abandonasse a preocupação com as especificidades de cada campo em prol de uma análise que ressaltasse a homogeneidade funcional do discurso em suas diversas manifestações, e as transformações por que passou no desenrolar do processo histórico.

Optamos pela segunda possibilidade. Não somente porque parece mais adequada aos objetivos da pesquisa (compreender as funções desempenhadas pelo discurso como um todo no contexto em que ele efetivamente circulou, em vez de atentar para as suas especificidades de acordo com o campo e os destinatários), mas também em razão da escassez das fontes primárias, o que exigiu que elas fossem combinadas para que se pudesse obter uma visão panorâmica do período estudado.

Assim, os três campos de investigação historiográfica serão apresentados conjuntamente em uma periodização estabelecida com base nas principais transformações por que passou a ciência do direito administrativo no Brasil do século XIX: um primeiro período que corresponde à “pré-história” do direito administrativo nacional, entre 1822 e 1854; um segundo período que corresponde efetivamente ao objeto da presente pesquisa, em que se pretende compreender o processo de formação do direito administrativo brasileiro, entre 1854 e 1879; um terceiro período que corresponderia à “pós-história” do objeto delimitado, no qual se deseja averiguar as transformações ocorridas na ciência do direito administrativo ao final do Segundo Reinado e no início da República, entre 1879 e 1895.

Estabelecidos os pressupostos de método que orientaram a produção deste trabalho, compreende-se com mais clareza os motivos pelos quais o título faz referência à *formação*, ao *conteúdo* e à *função* da ciência do direito administrativo no Brasil do século XIX. Não é suficiente, para cumprir as finalidades da exploração que se pretende realizar, uma análise descritiva do conteúdo do pensamento jurídico que se delimitou como objeto da pesquisa. Embora esse tipo de análise seja extremamente fecundo para a descrição historiográfica do direito administrativo, é preciso ir além da descrição para buscar compreender, no entorno do pensamento jurídico, o contexto sócio-histórico em que ele se insere e os fatores que possibilitam a sua formação; e, nos interstícios desse pensamento, as funções políticas que ele foi capaz de desempenhar

durante a construção do Estado brasileiro. Partindo-se do pressuposto de que não existe relação inevitável entre conteúdo e função, será interessante investigar a possibilidade de que discursos com conteúdo similar desempenhem funções distintas, conforme a microfísica política existente em seus interstícios e o contexto histórico em que estejam inseridos. Em outras palavras, se este é um estudo de história do direito, não pretende fornecer apenas uma descrição sobre o pensamento jurídico brasileiro do século XIX; é necessário ir além, para *compreender*¹¹ o papel desempenhado por esse pensamento durante a formação do Estado brasileiro.

Também exige esclarecimento a referência que se faz à ciência do direito administrativo. Trata-se, na verdade, tão somente de um recorte do objeto de pesquisa: a pesquisa não pretende se debruçar diretamente sobre o direito administrativo brasileiro, sobre a legislação administrativista, sobre a jurisprudência de direito administrativo ou sobre a organização administrativa do Estado no século XIX. O seu objeto contempla principalmente o discurso científico desenvolvido no Brasil do século XIX acerca do direito administrativo¹².

É claro que esta delimitação do objeto não significa uma aceitação acrítica do pressuposto de cientificidade da teoria do direito. Longe de ratificar o pensamento simplista que, constituindo o direito como ciência, anseia por uma legitimação racional

¹¹ Paolo Grossi afirma, certamente com influência weberiana, que “o historiador do direito tem um objetivo fundamental a alcançar: a compreensão de seu objeto historiográfico” (GROSSI, 2007:18).

¹² O que obviamente não elide a necessidade de que sejam tomados todos esses elementos – legislação, jurisprudência, organização administrativa – como pressupostos de compreensão do objeto da pesquisa em si. É o que afirma Paolo Grossi, logo no início de sua obra sobre a ciência jurídica italiana (2000:1), ao discutir as premissas da investigação historiográfica: “*Scienza giuridica: è ovvio il riferimento a una riflessione autenticamente scientifica sul diritto; con questa doverosa precisazione, tuttavia: che, se il filone portante è soprattutto formato da coloro che sono professionalmente degli scienziati del diritto, che lo professano cioè come ricercatori e maestri in quel naturale laboratorio scientifico costituito dalle Università, essendo il diritto una scienza che tende a incarnarsi e a diventare concreta esperienza di vita, contributi non trascurabili possono provenire (e positivamente provengono) da personaggi di particolari qualità intellettuali immersi quali operatori nel mondo della prassi. [...] La precisazione appena fatta ci porta ad una ulteriore integrazione: che lo storico della scienza giuridica non può non essere anche storico della esperienza: dietro la scienza c'è sempre un'esperienza che preme e condiziona, e che non deve essere ignorata se si vuole evitare vuote astrazioni*”. Em tradução livre: “Ciência jurídica: é óbvia a referência a uma reflexão autenticamente científica sobre o direito, com esta necessária precisão, todavia: que, se o filão principal é sobretudo formado por aqueles que são profissionalmente cientistas do direito, que o exercem como pesquisadores e professores naquele laboratório científico natural constituído pela Universidade, sendo o direito uma ciência que tende a se encarnar e a se tornar experiência concreta de vida, contribuições não desprezíveis podem provir (e efetivamente provêm) de personagens de particular qualidade intelectual imersos como operadores no mundo da praxe. [...] A precisão feita nos conduz a uma integração ulterior: que o historiador da ciência jurídica não pode não ser também historiador da experiência: por detrás da ciência há sempre uma experiência que preme e condiciona, e que não deve ser ignorada se se deseja evitar abstrações vazias”.

de suas construções teóricas (e, obviamente, por todas as consequências políticas desta legitimação), a intenção da pesquisa é verificar como um discurso que se pretende científico pode veicular práticas reais de poder que condicionam o seu funcionamento. Assim, o título não se refere à ‘ciência do direito’ com o propósito de reiterar a sua cientificidade *per se*, mas buscando limitar o campo de pesquisa àqueles discursos que abordam o direito administrativo com pretensão de cientificidade – sem olvidar que a própria pretensão de cientificidade traduz também uma pretensão de poder. Afinal, não se pode ignorar a existência real de uma divisão do trabalho, no campo jurídico, entre os ‘teóricos’ e os ‘práticos’ do direito, cujo antagonismo forma equilíbrios de poder provisórios que, em uma complementaridade funcional dinâmica, dão origem à significação real da norma. Como apontou Bourdieu (2004:217):

A elaboração de um corpo de regras e de procedimentos com pretensão universal é produto de uma divisão do trabalho que resulta da lógica espontânea da concorrência entre diferentes formas de competência ao mesmo tempo antagonistas e complementares, que funcionam como outras tantas espécies de capital específico e que estão associadas a posições diferentes no campo. Não há dúvida de que [...] o antagonismo estrutural que, nos mais diferentes sistemas, opõe as posições de “teórico”, condenadas à pura construção doutrinal, e as posições de “prático”, limitadas à aplicação, está na origem de uma luta simbólica permanente na qual se defrontam definições diferentes do trabalho jurídico enquanto interpretação autorizada dos textos canônicos.

O autor complementa a explicação, mais adiante no mesmo texto (BOURDIEU, 2004:224):

Com efeito, o resultado prático da lei que se revela no veredicto é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das “regras possíveis”, e de os utilizar eficazmente, quer dizer, como armas simbólicas, para fazerem triunfar a sua causa; o efeito jurídico da regra, quer dizer, a sua *significação* real, determina-se na relação de força específica entre os profissionais, podendo-se pensar que essa relação tende a corresponder (tudo o mais sendo igual do ponto de vista do valor na equidade pura das causas em questão) à relação de força entre os que estão sujeitos à jurisdição respectiva.

Esta intuição acabou sendo confirmada pela opinião de António Manuel Hespanha, que, em artigo sobre a história do direito administrativo português, explica a relevância dos estudos sobre a ciência jurídica para a compreensão do papel desempenhado pelo direito na modernidade. O reconhecimento da autonomia científica do saber jurídico foi um fator essencial para a libertação dos juristas acadêmicos das cangas que os

sujeitavam a uma função subsidiária no campo político, permitindo-lhes assumir o papel central que até hoje ocupam nas disputas por poder. Nas palavras do autor (2006:22):

Ocorre também meditar – seguindo as pisadas de P. Bourdieu em seus clássicos ensaios sobre as lutas pela hegemonia simbólica nos campos do saber e sobre os caminhos entre o saber e o poder – que a recondução do direito a uma ciência liberta da filosofia política, da política *tout court* e da vontade dos políticos reunidos em parlamento representava uma estratégia decisiva (geralmente interiorizada e freqüentemente consciente) para os juristas acadêmicos; estratégia que, levada a cabo com êxito, os traria de novo para o proscênio do poder político [grifos no original].

Essa estratégia de autonomização do discurso jurídico-científico adquire ainda mais importância quando se toma o direito administrativo como objeto de estudo. A partir do momento em que se afirma a existência de uma ciência jurídica administrativista, os juristas teóricos que a desenvolvem deixam de ser meros repetidores da tradição ou ordenadores passivos das ações governamentais, e passam a assumir um papel ativo na construção e na legitimação do regime jurídico-político vigente. Assim, ao se definir a ciência do direito administrativo como objeto da presente pesquisa, pretende-se apenas limitá-la a este grupo específico de profissionais do campo jurídico, verificando-se de que modo o discurso científico sobre o direito administrativo atuou na construção dos significados jurídicos¹³ utilizados para a constituição do Estado nacional brasileiro.

Também a referência à construção do Estado deve ser explicada. Não se deseja fundamentar a pesquisa na ingenuidade liberal do contratualismo voluntarista, que, crente na capacidade ilimitada de organização racional da sociedade pelo direito, estabelece uma fictícia relação direta entre teorias jurídicas abstratas e a estrutura real do Estado. Examinar o papel do discurso científico do direito administrativo na constituição do Estado brasileiro não significa verificar de que maneira este discurso organizou juridicamente o poder político; significa, primordialmente, analisar as múltiplas práticas de poder inconscientemente veiculadas nos interstícios do discurso jurídico, de modo a esclarecer de que forma elas contribuíram para a construção do Estado brasileiro no século XIX.

¹³ Como indica Ricardo Fonseca (2006:340), em seu plano geral de investigação historiográfica da formação da cultura jurídica brasileira, incluem-se no conceito de “significados jurídicos” os *standards* doutrinários, padrões de interpretação, marcos de autoridade doutrinária nacionais e estrangeiros, influências e usos particulares de concepções jusfilosóficas, que circulavam na produção do direito e eram aceitos nas instituições jurídicas do Império.

Partindo-se do pressuposto de que o discurso jurídico abstrato não pode ser tomado como instância autonomamente fundadora da sociedade e do Estado, é claro que apenas a leitura dos dados e textos selecionados não será suficiente para a compreensão da gênese da ciência brasileira do direito administrativo. Dessa forma, a análise das obras dos doutrinadores do passado deve estar necessariamente acompanhada de uma investigação do contexto que lhes deu origem e a que se destinavam, sendo inevitável que o estudo sobre história do direito pressuponha uma compreensão da conjuntura histórica e social do Brasil do século XIX – sob pena de se perder as minúcias e especificidades do momento histórico em uma visão presentista do passado.

Além disso, a pesquisa historiográfica não pode cair na ingenuidade tipicamente bacharelesca de abordar as relações entre o direito e a política a partir das configurações do próprio discurso jurídico, o que conduz a conclusões juridicizantes da política, e que acabam por não corresponder à realidade. É preciso abordar o direito do passado através do prisma da teoria do poder de Michel Foucault (2000), que, sugerindo a guerra como modelo explicativo da sociedade, permite o desenvolvimento de uma visão muito mais interessante a respeito das relações entre direito e poder.

Pretende-se, então, tomar a investigação metodológica realizada durante a dissertação de mestrado (GUANDALINI JR., 2010)¹⁴ e tratar o direito como *acontecimento*. Tratar o direito como acontecimento significa não enxergá-lo de maneira hipostasiada, deixar de lado as preocupações com a coerência interna do discurso teórico e examinar as práticas concretas e a utilização real dos instrumentos jurídicos na sociedade; significa também não privilegiar a economia e a política, revalorizando a importância do direito não só como ferramenta, mas como campo de batalhas no interior do qual se pode alterar o equilíbrio de forças, com importantes consequências políticas e econômicas; finalmente, significa não confiar ingenuamente na capacidade infinita da racionalidade jurídica de organizar o poder em nome da vontade popular, e perceber que mesmo essa organização é, já, o resultado da vitória em uma batalha de forças, e que ela oculta o fato de que existe uma miríade de outros combates acontecendo sub-repticiamente nas mais ínfimas manifestações do fenômeno jurídico.

¹⁴ E exposta de forma mais sistematizada no artigo intitulado *O Direito como Acontecimento* (GUANDALINI JR., 2007).

Para examinar o direito como acontecimento é necessário não sobrevalorizar o conjunto de normas e teorias que discutem a natureza jurídica ou o fundamento constitucional de um objeto de estudo determinado; afinal, elas só têm importância na medida em que são instrumentalizadas pelas partes em combate em prol de seus próprios objetivos. Quando se deseja compreender as relações de força presentes no interior do direito deve-se deixar de lado o esquema teórico ontológico-positivista de análise jurídica; afinal, quem manobra o canhão não é o químico ou o físico, mas aquele que conhece as técnicas necessárias para utilizá-lo de maneira eficiente. Se se deseja analisar o direito como canhão, ou seja, como arma para o confronto de forças, não se deve perder tempo com a compreensão das peculiaridades específicas de seus mecanismos, devendo o jurista se dedicar primordialmente ao exame daquelas alavancas que são utilizadas pelas partes em luta para apontá-lo em direção ao inimigo, o que permite compreender de que modo e com que finalidades ele pode ser utilizado.

Portanto, o estudo sobre a ciência do direito do século XIX não pode se limitar a descrever assepticamente o discurso jurídico destilado nos livros; é preciso contaminar esse discurso jurídico puro com as imundícies do real, verificando quais dos seus elementos são de fato utilizados na construção de um fundamento de legitimidade para o Estado Nacional, e quais deles são somente partículas inócuas, que apenas fazem parte do discurso em nome de uma tradição jurídica estrangeira ou para assegurar a coerência do discurso científico.

Logo, não basta examinar e descrever todas as obras de todos os juristas que escreveram sobre o direito administrativo no século XIX; é preciso verificar quais dessas obras tinham mais peso no debate político, e descobrir quais eram os doutrinadores a que se atribuía uma posição de autoridade no campo da ciência jurídica. Além disso, é necessário também enfatizar os elementos do discurso que são reterritorializados e utilizados na retórica política, em tentativas de fundar a legitimidade do Estado sob construção.

Dessa forma, a pesquisa histórica que se pretende realizar se torna capaz de escapar das armadilhas de um discurso bacharelesco que não informa, por si só, as suas verdadeiras relações com o real. Ao tratar o direito como acontecimento poderemos superar a mera *descrição* do discurso científico do século XIX, aprofundando a compreensão de modo a descobrir quais eram, verdadeiramente, as *funções políticas*

desempenhadas por esse discurso durante a construção de um Estado Nacional brasileiro.

Com essas cautelas de método, e a partir das premissas teóricas apresentadas, pretende-se examinar o discurso científico sobre o direito administrativo em circulação no Brasil durante o período Imperial, de modo a se identificar as funções por ele desempenhadas no interior do dispositivo de poder existente no período.

2 O PROBLEMA EM IMAGENS: ENTRE A JURISDIÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO

Questa santa virtù, la dove regge,
induce ad unità li animi molti,
e questi, a cciò ricolti,
un ben comun per lor signor si fanno,
lo qual, per governar suo stato,
[elegge
di non tener giamma' gli occhi rivolti
da lo splendor de' volti
de le virtù che 'ntorno a llui si
[stanno.
Per questo con trionfo a llui si danno
censi, tributi e signorie di terre,
per questo senza guerre
seguita poi ogni civile effetto,
utile, necessário e di diletto.

Là dove sta legata la iustitia,
nessuno al ben comun già mai s'acorda,
né tira a dritta corda:
però convien che tirannia sormonti,
la qual, per adempir la sua nequizia,
nullo voler né operar discorda
dalla natura lorda
de' vitii che con lei son qui congiunti.
Questa caccia color ch'al ben son pronti
e chiama a sé ciascun c'a male intende
questa sempre difende
chi sforza o robba o chi odiasse pace,
unde ogni terra sua inculta giace.

Os versos¹⁵ utilizados como epígrafe desta introdução estão inscritos nos afrescos que cobrem as paredes da Sala dos Nove do Palácio Comunal de Siena. Pintados por Ambrogio Lorenzetti entre os anos de 1338 e 1339, os afrescos foram realizados sob contrato dos próprios governantes, que desejavam assim ilustrar os valores fundamentais da comunidade política – não só para a sua constante recordação, mas também como forte representação simbólica para os visitantes do palácio.

Do ponto de vista do conteúdo os afrescos se dividem em duas alegorias, realizadas em três partes: a *Alegoria do Bom Governo* (parede norte), com os seus efeitos na cidade e no campo (parede leste), e a *Alegoria do Mau Governo*, que se contrapõe à primeira simetricamente, também ilustrando seus efeitos na cidade e no campo (parede oeste).

¹⁵ Incrições sob a Alegoria do Bom Governo e a Alegoria do Mau Governo, pintadas em afresco por Ambrogio Lorenzetti na Sala dos Nove do Palácio Comunal de Siena. Em tradução livre, a inscrição sob a Alegoria do Bom Governo diz: “Esta santa virtude, onde reina, / induz à unidade as várias almas, / e estas, nela refugiadas, / geram o bem comum ao seu senhor, / o qual, para governar seu estado, escolhe / não ter jamais os olhos desviados / do esplendor das faces / das virtudes que se encontram ao seu redor. / Por isso com triunfo lhe são dados / foros, tributos e senhorias de terras, / por isso, sem guerra / todo efeito civil que segue será / útil, necessário e prazeroso”. Por sua vez, a Alegoria do Mau Governo diz, também em tradução livre: “Lá onde está amarrada a justiça, / ninguém com o bem comum jamais concorda, / nem desata essa corda: / porém convém que vença a tirania, / a qual, para realizar sua iniquidade, / nem em querer nem em agir discorda / da natureza bruta / dos vícios que convivem ao seu lado. / Ela caça aqueles que estão prontos a praticar o bem / e chama a si cada um que pretende o mal / ela sempre defende / quem violenta ou rouba ou quem odeia a paz, / e assim toda sua terra jaz inculta”.

Na verdade, explica Mariella Carlotti (2010:47) que a denominação de “Bom Governo” e “Mau Governo” é relativamente recente, datando do século XVIII; originalmente o argumento dos afrescos é simplesmente identificado como sendo *A Paz* e *A Guerra*. É pertinente, porém, a arguta observação de Andrea Simoncini em seu prefácio ao livro de Carlotti (2010:07), onde ressalta a irrelevância da denominação para a identificação dos fins a que se prestava a alegoria. Afinal, a mudança apenas reflete as diferenças entre os modos medieval e moderno de compreensão da realidade:

Per la gente medievale, gente “terra terra”, abituata a ragionare delle cose che si vedono per giudicare quelle che non si vedono (e non viceversa), per gente così la *pace* e la *guerra* erano i criteri più semplici per giudicare se un governo era buono o cattivo, “dai frutti giudicare l’albero”.

Dal Settecento, invece, inizia l’astrazione: al fatto si sostituisce la “fattispecie”, all’*uomo buono* si preferisce la *bontà* (come regola) e così via¹⁶.

E de qualquer modo, independente do nome que se deseje dar ao afresco, trata-se claramente de uma representação simbólica do modo como a sociedade medieval tendia a conceber a ordem política, sendo interpretado dessa forma ainda no século XIV, quando era utilizado nos sermões religiosos de S. Bernardino de Siena (CARLOTTI, 2010:47).



Figura 1: Alegoria do Bom Governo, Ambrogio Lorenzetti

¹⁶ “Para a gente medieval, gente ‘terra a terra’, habituada a raciocinar das coisas que se vêem pra julgar aquelas que não se vêem (e não vice-versa), para gente assim a *paz* e a *guerra* eram os critérios mais simples para julgar se um governo era bom ou mau, ‘dos frutos julgar a árvore’. A partir do século XVIII, porém, inicia a abstração: ao fato se substitui a ‘fattispecie’, ao *homem bom* se prefere a *bondade* (como regra), e assim por diante” (tradução livre).

Não bastassem tantos elementos, a alegoria é clara. Provavelmente em frente às cadeiras do Governo dos Nove se encontrava o afresco com a *Alegoria do Bom Governo*, a recordar-lhes os princípios básicos de um governo pautado pela justiça. O afresco é dominado por duas figuras principais: à direita do observador, o Governo de Siena, representado por um senhor barbado e indicado pelas cores heráldicas da cidade em suas vestes (branco e preto) além da sigla ao seu redor, CSCV (*Commune Senarum Civitas Virginis* – “Comune de Siena, cidade da Virgem”); à esquerda a Justiça, representada como uma mulher vestida de vermelho e indicada pelos pratos da balança que apóia com as mãos, além da inscrição (*Diligite iustitiam qui iudicatis terram* – “amai a justiça vós que governastes a terra”).

A Justiça é na verdade a personagem mais importante do afresco, que deve ser lido da esquerda para a direita. É ela a “santa virtude” a que se refere a frase inicial dos versos, e é dela que partem os elementos que permitirão a construção do bom Governo, devendo ser tomada como chave de interpretação de toda a alegoria.

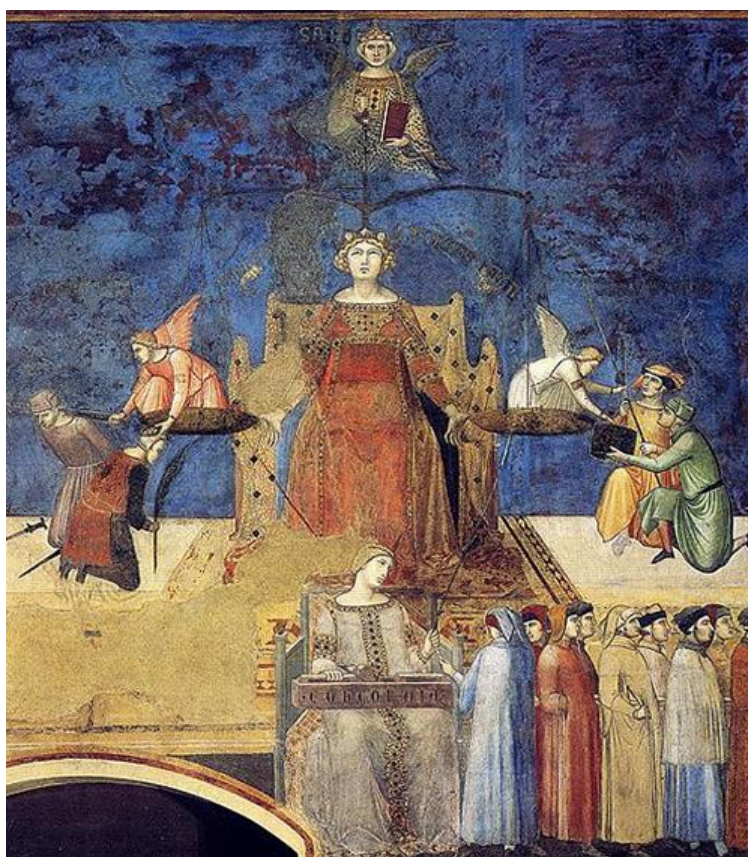


Figura 2 – detalhe: A Justiça, *Alegoria do Bom Governo*, Ambrogio Lorenzetti

Percebe-se que seu olhar está voltado para o alto, onde observa a Sabedoria divina, que segura firmemente a balança em suas mãos. Compreende-se que a Justiça não possa operar sem a Sabedoria, sem a força da verdade e do bem, que não será alcançada somente pelo esforço do homem, devendo ser concedida como graça divina (CARLOTTI, 2010:56). Nos pratos da balança, suavemente apoiados pela Justiça se encontram os anjos que representam as suas duas dimensões: à direita o anjo branco da justiça comutativa, entregando aos comerciantes as unidades de medida; à esquerda o anjo vermelho da justiça distributiva, prestes a decapitar o assassino que derruba seu punhal, ao mesmo tempo em que coroa o guerreiro cuja vitória é indicada pela palma e pela espada.

Descem dos anjos dois fios, que se tornam uma corda nas mãos da Concórdia, representada por uma dama que tem nas mãos uma lixa, para aplainar as relações sociais. A corda passa pelas mãos dos vinte e quatro conselheiros da cidade, aludindo a uma falsa etimologia da palavra “concórdia” (*cum chorda*, em vez da unidade dos corações – CARLOTTI, 2010:56), até chegar às mãos do Governo de Siena, à direita do afresco.

Aos pés do Bom Governo se encontra a loba com os filhos de Remo, Aschio e Senio, os míticos fundadores da cidade, que assim ligou sua origem à nobreza da origem romana (quando na verdade teria sido uma pequena colônia etrusca de ligação entre as cidades litorâneas e o interior). Acima do Bom Governo se encontram três anjos que representam as virtudes teologais da Fé, Esperança e Caridade, com os seus símbolos respectivos da cruz, do olhar ao alto e do coração em chamas. Ao seu redor se encontram as virtudes cardeais da Fortaleza, Prudência, Temperança e Justiça, além da Magnanimidade e da Paz¹⁷, características necessárias que devem acompanhar o bom governo. Ressalte-se a paz no centro da composição, afirmando a harmonia e a concórdia como objetivos primordiais de todo bom governo.

As virtudes são protegidas por homens em armas que também protegem os vinte e quatro conselheiros, controlando um grupo de pessoas que se encontra à extrema

¹⁷ Todas, além de expressamente indicadas, com os seus símbolos respectivos: a Fortaleza com o escudo e a espada; a Prudência com o arco sobre o qual se lê “preteritum, presens, futurum”, indicando a valorização da experiência passada, a consciência da realidade presente e do futuro; a Temperança com a ampulheta, que indica os sentidos de tempo e medida; a Justiça é a distributiva, com a cabeça e a coroa em seu colo; a Magnanimidade com uma coroa e pedras preciosas, a alma grande, virtude dos reis; e a Paz recostada comodamente, com um ramo de oliva na mão e sobre a cabeça.

direita do afresco. São estes os inimigos da comuna, que amarrados à força por uma corda (não simplesmente segurando-a, como os vinte e quatro conselheiros) aguardam o seu julgamento. Um pouco mais abaixo dois homens oferecem ao Bom Governo um castelo e as chaves de uma cidade, representando as conquistas territoriais de Siena.



Figura 3 – detalhe: O Bom Governo, *Alegoria do Bom Governo*, Ambrogio Lorenzetti

À direita do observador, complementando a *Alegoria do Bom Governo*, Lorenzetti pintou os *Efeitos do Bom Governo*, dividindo o afresco em duas partes, que apresentam os efeitos do bom governo na cidade e no campo.

Os *Efeitos do Bom Governo* retratam a cidade de Siena, como se infere facilmente da observação do Domo com o característico Campanário da Catedral de Santa Maria Assunta, na parte superior esquerda da figura – além do formato dos muros, da loba senesa sobre a porta da cidade e dos edifícios retratados, bastante similares aos palácios seneses.

O afresco representa uma cidade em perfeito funcionamento. Percebe-se a predominância de linhas retas verticais, não só demonstrando o crescimento da cidade, mas também o direcionamento do olhar ao céu, ponto de origem das virtudes necessárias à vida em comum. Além disso, a cena é clara e muito bem iluminada, contendo uma miríade de palácios pintados em cores fortes e variadas.

Quanto ao conteúdo, o afresco apresenta a vida laboriosa dos cidadãos que contribuem para o bem comum, sendo possível observar pedreiros, alfaiates, sapateiros,

comerciantes, açougueiros, pastores, agricultores, professores e estudantes. Além das cenas de trabalho, à esquerda se assiste a um cortejo nupcial, com a noiva vestida de vermelho, sobre um cavalo branco, acompanhada pelos pais, que seguem logo atrás – quando a cidade está em paz se formam famílias, nascem crianças, como as que brincam sob as portas de um dos palácios.

Cada janela tem um morador, cada pessoa representada está entregue a uma atividade, e o clima sereno é reforçado pelas nove dançarinas retratadas na área central do afresco, que reiteram a vitória da concórdia e da harmonia na cidade.



Figura 4 – detalhe: A Cidade, *Efeitos do Bom Governo*, Ambrogio Lorenzetti

À direita do afresco, para além dos muros da cidade, são retratados os efeitos do bom governo no campo. Sobre a porta, logo no início da estrada, aparece a representação da Segurança, como uma vitória alada. Na porta da cidade há uma intensa movimentação de pessoas, simbolizando as relações profícuas entre a cidade e o campo – caçadores saindo da cidade, camponeses que chegam para vender os seus produtos (ovos, farinha, grãos, porcos). No mesmo sentido, o tom ocre permite inferir a continuidade da paisagem entre a cidade e o campo, comunicando, apesar da muralha e da diferença estética que separa os dois lados do afresco, o sentimento de harmonia e concórdia entre os dois aspectos distintos, mas complementares, da vida comunitária medieval.

Na estrada se pode ver ainda um mendigo, sentado logo atrás do cavalo escuro. Segundo Carlotti (2010:78), a figura demonstra que o afresco é, sim, a idealização da cidade medieval, mas que essa idealização está fortemente ancorada no real, do qual não pretende ser a negação – o que a distingue da utopia tipicamente moderna:

L'utopia è la sostituzione al reale di un'immagine che trova il suo fascino nella sua irrealizzabilità. Il Medioevo è tutto pervaso invece da un anelito ideale: questo non dimentica i fattori del reale, ma è teso a realizzare un mondo in cui la bellezza sia già esperienza, pur drammaticamente, come un'alba sempre minacciata dalla notte imminente¹⁸.

Poderíamos acrescentar, ainda, que a representação medieval da cidade retoma a visão aquiniana sobre a organização da vida social, em que ao menor dos cidadãos se atribui também uma função para a manutenção orgânica da comunidade – especialmente quando se elege a *caridade* como a virtude maior a orientar o bom governo (v. fig. 3). Nem mesmo o mendigo deixa de participar da harmonia da ordem comunitária, desempenhando também ele um importante papel na manutenção da concórdia e do bem comum.



Figura 5 – detalhe: O Campo, *Efeitos do Bom Governo*, Ambrogio Lorenzetti

Continuando a estrada em direção ao campo se vêem novamente as pessoas trabalhando, com a representação dinâmica das diversas estações do ano – há camponeses arando, semeando, colhendo, debulhando. À direita se enxerga distante o castelo de Talamone, porto conquistado pelo Governo dos Nove, outro símbolo das conquistas territoriais senesas.

Os efeitos benéficos do bom governo no campo são finalmente simbolizados pelas casas coloniais, pelo luminoso amarelo no centro da imagem (que se apaga conforme nos afastamos da cidade), pelas alegorias da Primavera e do Verão na região superior

¹⁸ “A utopia é a substituição do real por uma imagem que encontra o seu fascínio em sua irrealizabilidade. O Medievo é todo permeado, porém, de um anseio pelo ideal: este não esquece os fatores do real, mas procura realizar um mundo em que a beleza seja já experiência, mesmo que dramaticamente, como a aurora sempre ameaçada pela noite iminente” (*tradução livre*).

do afresco e pela suavidade das linhas curvas horizontais – que contrastam com as retas verticais da cidade, demonstrando a adaptação do homem à brandura da natureza, apta a fornecer todos os bens necessários à sua vida.

Completando a mensagem política, Lorenzetti pintou sobre a parede oeste da Sala, à esquerda da *Alegoria do Bom Governo* e em oposição frontal aos *Efeitos do Bom Governo*, o afresco conhecido como *Alegoria do Mau Governo*, acompanhado dos *Efeitos do Mau Governo* na cidade e no campo, a representar os riscos a que a comunidade estaria sujeita caso se desviasse do caminho das virtudes.



Figura 6 – A *Alegoria do Mau Governo* e *Efeitos do Mau Governo*, Ambrogio Lorenzetti

Infelizmente o afresco se encontra bastante danificado. Não obstante, é possível perceber com clareza a contraposição simétrica que a alegoria representa à *Alegoria do Bom Governo* e aos seus efeitos.

Em razão da representação especular do afresco, ele deve ser lido da direita para a esquerda, de modo que cada um dos seus elementos reflita espacialmente, em negativo, as características do bom governo retratado nas paredes norte e leste da sala.

A mensagem tem início com o Tirano, retratado com todos os atributos demoníacos: chifres, caninos protusos, garras, asas de morcego, além do estrabismo – símbolo de sua incapacidade de conhecer a verdade do bem, conforme a filosofia reicêntrica do período. Usa uma capa dourada, símbolo da falsidade, e veste-se de negro, apoiando o pé sobre uma cabra que representa a luxúria. Tem nas mãos um punhal e uma taça de ouro, suja de sangue – como sugere Carlotti (2010:91), seu método é a violência, seu objetivo é a riqueza.

Em vez das virtudes teologais, o Mau Governo é dominado pela Soberba, pela Avariza e pela Vanglória. Com asas de morcego, suas representações figurativas são retratadas sobre a cabeça do Tirano, com os símbolos respectivos – a Avariza com duas bolsas de moedas, a Vanglória com o espelho e a palma ressecada (indicando a passagem do tempo e o fim da beleza) e a Soberba, que segura um punhal e um jugo de bois solto (indicando a ausência de humildade). Os conselheiros sentados ao seu redor são os vícios, também simbolicamente representados: Crueldade, Traição, Fraude, Furor, Divisão e Guerra¹⁹. São todos vícios do egoísmo, do governante que pensa só em seu próprio bem, antes de pensar no bem comum.



Figura 7 – A Alegoria do Mau Governo, Ambrogio Lorenzetti

Enquanto o Bom Governo era protegido por soldados, o Mau Governo tem apenas cenas de violência aos seus pés: duas pessoas disputam uma criança, exilados abandonam a cidade, cadáveres estão atirados ao chão, e a Justiça se encontra amarrada, prostrada aos pés do Tirano, com um olhar triste e sua balança despedaçada ao chão.

Concluem a alegoria os *Efeitos do Mau Governo*, retratados à esquerda do Tirano em cores lívidas e escuras, contrapondo-se o tom lúgubre da cidade governada pela Tirania à luminosidade e à vivacidade cromática da cidade ordenada conforme o bem

¹⁹ A Crueldade assusta uma criança com uma serpente; a Traição segura um cordeiro com cauda de escorpião; a Fraude tem nas mãos uma medida incorreta; o Furor é retratado como um centauro, que segura um punhal e uma pedra; a Divisão possui uma serra, além das palavras “sim” e “não” inscritas em suas vestes; e a Guerra é representada como um soldado, vestido de preto, contraído em postura de ataque, em evidente contraposição à figura estendida da Paz.

comum. Apesar dos estragos no afresco, percebe-se claramente que a cidade está desolada, em ruínas, e suas construções sequer se aproximam, em beleza ou quantidade, dos palácios da cidade bem governada. Um grupo de homens destrói um edifício, aos pés do qual se encontra uma pilha de pedras. Não há trabalho, não há comércio, não há lazer: a única atividade é a do armeiro, que se pode ver ao fundo forjando armas e couraças. Os homens apenas se relacionam pela violência, e a jovem de vermelho que aparecia como noiva no cortejo nupcial da cidade bem governada aparece, aqui, prestes a ser violada por dois soldados, diante do corpo de seu noivo assassinado.



Figura 8 – Detalhe: a Cidade, *A Alegoria do Mau Governo*, Ambrogio Lorenzetti

A porta da cidade não fornece indícios de relações com o campo, a não ser pelos homens armados prontos a devastá-lo. O Temor domina o campo, representado por uma alegoria negativa da Segurança. Vemos ao fundo uma vila em chamas, e embora o restante do afresco esteja realmente destruído, podemos contar com o testemunho de São Bernardino para avaliar a imagem pintada por Lorenzetti:

Per lo contrario, voltandomi da l'altra parte, non vego mercanzie; non vego balli, anco vego uccidare altrui; non s'acconciano case, anco si guastano e ardono; non si lavora terre; le vigne si tagliano, non si semina, non s'usano i bagni né altre cose dilettevoli; non veggo quando si va di fuore, o donne o uomini; l'uomo morto, la donna sforzata; non veggo armenti, se non in preda: uomini a tradimento uccidare

l'uno e l'altro, la giustizia stare in terra, rotto le bilance, co' le mani e co' piedi legati; et ogni cosa che altro fa, fa con paura (*apud* CARLOTTI, 2010:95)²⁰.



Figura 9 – Detalhe: o Campo, *A Alegoria do Mau Governo*, Ambrogio Lorenzetti

Como já deve estar evidente, os afrescos pintados por Ambrogio Lorenzetti são uma forte representação do exercício do poder na Europa do Baixo Medievo. Devemos, contudo, procurar desviar os olhos das obviedades claramente representadas (como o dever de que o governante seja virtuoso), para tentarmos extrair dos interstícios da alegoria o modo como se concebe e se exerce o poder de governo durante esse período.

Primeiramente, deve-se ressaltar o fato de ter sido utilizada a técnica do afresco para a elaboração da alegoria (como aponta R. COSTA, 2003:68). A técnica consiste na aplicação de pigmentos diluídos em água diretamente na parede, enquanto a argamassa ainda está úmida. Desse modo, a imagem se torna parte integral da construção arquitetônica onde foi pintada, em uma concepção integral de arte tipicamente

²⁰ “Pelo contrário, voltando-me ao outro lado, não vejo comércio; não vejo dança, mas vejo assassinato; não se arrumam as casas, mas se as destróem e queimam; não se trabalham as terras; as vinhas são cortadas, não se semeia, não se utilizam banheiros ou outras coisas deleitáveis; não vejo mulheres ou homens passeando; o homem morto, a mulher violada; não vejo rebanhos, a não ser como presas; homens se matam à traição, a justiça jaz sobre a terra, com sua balança quebrada, seus pés e mãos amarrados; e tudo o que se faz, faz-se com medo” (*tradução livre*).

medieval. Assim, a técnica do afresco representa a possibilidade de extrair a inteligência do símbolo para incorporá-lo ao espaço figurado da realidade, transformando imagem em obra arquitetônica.

Analisar a *Alegoria do Bom Governo* não é, portanto, apenas analisar uma pintura; o importante significado do afresco só será adequadamente compreendido como parte do conjunto arquitetônico em que foi instalado, e, ainda assim, como paradigma de uma concepção arquitetônica de palácios públicos que não é especificamente senesa, mas européia, e reflete o modo como a sociedade medieval concebe o exercício do poder político.

Feita essa ressalva, iniciamos com a constatação de que a *Alegoria do Bom Governo* é articulada em três níveis: na área superior as premissas do bom governo, a que os governantes devem se submeter caso desejem realizá-lo; na parte central as instituições que devem presidir a vida política, acompanhadas de virtudes que agora não representam pressupostos, mas o modo de exercício efetivo do governo. E logo abaixo os protagonistas da vida na cidade, ligados entre si e às instituições pelos laços da concórdia.

Percebe-se, primeiramente, que o governo não é concebido como manifestação original de um ato de vontade. Afinal, por mais poderoso que seja o soberano, ele deve se submeter a uma realidade objetiva, a uma “verdade ética” que decorre, em última instância, da suprema sabedoria divina. Essa percepção é bem representada pelas virtudes teologais acima do Bom Governo, mas também pela Sabedoria que flutua por sobre a Justiça, ponto de partida da linha de concórdia que conduz ao governante: o soberano não governa sozinho; ele sequer é a fonte do poder político, cujo ponto de origem se encontra na harmonia assegurada pela Justiça, que lhe preexiste.

Além disso, essa realidade objetiva não é apenas aquela divina, decorrente da natureza das coisas; trata-se também de uma realidade histórica e social, decorrente da experiência humana, que jamais pode ser descartada em nome da construção de uma nova ordem social. A idéia é representada na alegoria pelas inscrições no arco da Prudência, que ressaltam a valorização do passado, e pela ampulheta nas mãos da Temperança, outro símbolo da continuidade do tempo, além dos vinte e quatro conselheiros e de todos os cidadãos, com sua participação imprescindível na construção dos laços da concórdia e da harmonia social na cidade e no campo.

Estes valores são reiterados pela decoração da fachada do Palácio Comunal: no topo da construção, que data do início do século XIV, encontra-se majestoso o monograma raiado de Cristo Rei, com as iniciais JHS (“Jesus Salvador dos Homens”). É somente bem abaixo que aparecerão os brasões da Comuna de Siena (à esquerda) e do Capitão do Povo (à direita), símbolo perceptível da submissão do governo da cidade ao governo divino. É também digno de nota o fato de que nem mesmo a conquista da cidade pelos Médici, em 1555, foi suficiente para modificar a configuração arquitetônica: foi instalado o brasão dos Médici, mas ainda bem abaixo do monograma de Cristo, e entre os antigos símbolos da Comuna de Siena e do Capitão do Povo – mantidos de modo a ressaltar a continuidade histórica entre o antigo governo e o novo, mesmo após a conquista militar.



Figura 10 – *Fachada do Palácio Comunal de Siena*

Até na capital do governo dos Médici se percebe a mesma representação figurativa do poder, na fachada do Palácio da Senhoria, em Florença. Acima da entrada principal foi instalado um frontispício de mármore, que data do século XVI, e igualmente contém o monograma solar de Cristo, sobre um fundo azul decorado com flores-de-lis douradas (símbolo da dinastia dos Médici), ladeado pelos leões heráldicos que

representavam a cidade. Logo abaixo se encontra uma inscrição em latim, *Rex Regum et Dominus Dominantium*, que lida em conjunto com o monograma pode ser traduzida como “Jesus Salvador dos Homens – Rei dos Reis e Senhor dos Senhores”.

Além do reconhecimento da submissão dos governantes à soberania maior de Cristo, repete-se também no Palácio o tributo às forças que compõem a cidade, tendo sido pintada sobre a fachada uma série dupla de nove brasões, que representam a insígnia do povo florentino, o lírio guelfo, o símbolo das relações entre Fiesole e Florença, as chaves do papado, o brasão da liberdade, a águia do partido guelfo, o antigo símbolo gibelino, o brasão do rei da França e o brasão de Roberto d’Anjou. Percebe-se também aqui o respeito às forças tradicionais da cidade, mesmo as inimigas e já derrotadas (como o partido gibelino).

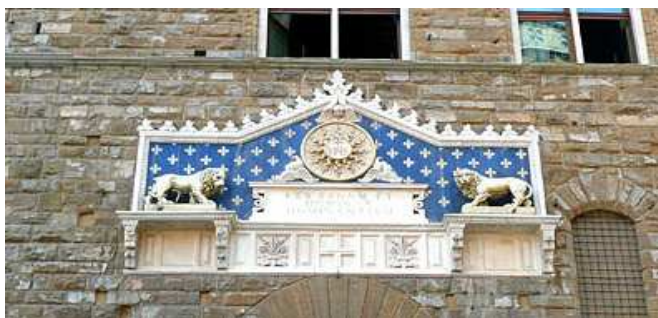


Figura 11 – Frontispício do Palácio da Senhoria de Florença

Compreende-se que tais símbolos não sejam mero aceno protocolar à religiosidade cristã no alvorecer da Idade Média, ou aos antigos e poderosos da cidade; pelo contrário, são signos que compõem uma forte e complexa simbologia, a expressar uma teoria política que reconhece a existência objetiva de uma ordem política anterior, transcendental e histórica, à qual o governo presente deve se submeter sob pena de perder o seu próprio fundamento de legitimidade – a manutenção da ordem existente.

Trata-se, em suma, de uma teoria política que não reconhece o voluntarismo dos governantes, a não ser em formas degradadas de governo, como ilustra o poder sem povo da Tirania no afresco de Lorenzetti. Governar, nessa sociedade, não é criar a ordem; não é exprimir a vontade soberana; não é alterar a cidade ao bel-prazer do soberano; governar significa agir dentro de uma ordem pré-estabelecida, unanimemente reconhecida como boa, e que se respeitada permite alcançar o bem comum.

Tais características auxiliam a esclarecer outro aspecto importante dessa teoria política, também frequentemente representado na arquitetura dos edifícios públicos: o

fato de que o poder político não é concebido como *imperium*, poder de comando sobre pessoas, mas como *iurisdictio*, poder de decisão sobre um território.

A indicação mais óbvia dessa característica se encontra já na *Alegoria do Bom Governo* de Lorenzetti, que ao fixar na parte média da imagem as instituições do bom governo não se limita a representar o governo da cidade, afirmando como seu pressuposto indispensável a Justiça, a fornecer os fios que mantêm os laços sociais. Ressalte-se a inscrição que se encontra ao redor da figura da Justiça, onde se pode ler a frase *diligite iustitiam qui iudicatis terram*, facilmente traduzível como “amai a justiça vós que governastes a terra” – com a ressalva de que a palavra que indica o ato de “governar” não é *imperium*, mas *iudicatura*, de acordo com a concepção baixo-medieval de exercício do poder político, cristalizada nas lições de Bartolo e Baldo (MANNORI, 1990:348).

É compreensível que assim seja: se o governo não é concebido como aparato político-burocrático, mas como *communitas* de cidadãos que se organizam de acordo com uma ordem objetiva pré-existente, não pode consistir na imposição de comandos imperativos, mas apenas na decisão final em todas aquelas situações em que a ordem objetiva venha a ser pontualmente violada, mantendo o equilíbrio entre os diversos grupos de pessoas que compõem a ordem social. O poder político medieval não se pretende criador, mas restaurador da ordem.

É nesse sentido que se deve compreender também a dupla aparição da Justiça na alegoria: primeiramente, como pressuposto, é ela que assegura a Concórdia e promove o bem comum, estabelecendo os critérios do convívio social; após, como virtude governativa, representa a atividade cotidiana dos governantes de restaurá-la onde tenha sido violada, premiando os bons e punindo os maus com o auxílio da justiça distributiva.

A justiça é um elemento fortemente presente também na arquitetura dos edifícios públicos medievais. Em uma sociedade que concebe a *iurisdictio* como principal manifestação do poder de governo, é natural que cada palácio construa uma imponente Sala da Justiça, onde se recebem os litigantes e se exerce o mais nobre dos ofícios reais – o de julgar. Assim no Palácio Comunal de Siena, assim no Palácio dos Doges de Veneza, mas talvez o exemplo mais impressionante seja a suntuosa Sala da Justiça do Palácio da Senhoria de Florença. O amplo salão, com pé direito altíssimo, é

inteiramente decorado com afrescos representando a história de Furio Camilo, com teto laminado em ouro; na parede à esquerda, que dividiu o salão antigo, a porta de mármore conduz à luxuosa sala dos lírios, onde se encontra a impressionante escultura *Judite e Holoferne*, de Donatello (que retrata Judite salvando o seu povo no ato de decapitar o tirano Holoferne, cuja cabeça segura, ainda sangrando, em suas mãos).



Figura 12 – Sala da Justiça, Palácio da Senhoria de Florença

Observa-se, em suma, na arquitetura dos edifícios públicos medievais, uma representação simbólica do modo como se concebe o poder político nas sociedades proto-modernas: um poder que não manifesta a vontade do soberano, mas se afirma como tarefa de manter a ordem objetiva (transcendental e histórica) estabelecida; um poder que não se exerce como comando ou regulação permanente sobre a cidade, mas atua de modo intermitente para restabelecer a ordem violada, manifestando-se como poder de dizer o direito; e, enfim, um poder que deseja se manifestar em todo o seu esplendor, reiterando pelo luxo dos palácios e obras de arte a sua superioridade natural em relação aos demais cidadãos.

Trata-se de uma forma essencialmente *jurídica* de exercício do poder, que funda a legitimidade do governo nos direitos ancestrais do soberano, como guardião tradicional

da ordem estabelecida. Assim, tende a funcionar segundo um binômio jurídico de tipo ‘proibido x permitido’, cominando pelo descumprimento da regra legal uma sanção repressora que se exerce diretamente sobre o corpo dos súditos. Em um regime político cujo suporte é a legitimidade fundante do poder real, a violação da lei representa também um desafio lançado ao soberano, que deve provocar uma réplica capaz de vencê-lo por um excesso que o anule – geralmente através do espetáculo público do suplício, eficiente representação da enorme dissimetria de forças existente em favor do rei, assim como os suntuosos palácios de governo que são construídos.

Essa tecnologia de poder fundada na legitimidade da soberania é correlativa de um regime de produção: a riqueza no período pré-moderno era constituída por grandes extensões de terras, espécies monetárias e letras de câmbio passíveis de troca, o que permitia o seu controle sob a forma menos sofisticada da *apropriação*. Desempenhando as funções de assenhoreamento da produção e controle sobre um território, a tecnologia de poder soberana constituía o governante como detentor de uma série de direitos fiscais que lhe asseguravam o recebimento de parcela substancial da produção e a obediência dos súditos, garantindo o seu domínio. Assim, a ação meramente interditória/repressora sobre as condutas, a simples apropriação das riquezas e o exercício direto do poder soberano sobre o corpo dos súditos e o território eram já suficientes para garantir a sua segurança, o que possibilitava a essas sociedades conviver com uma certa margem de tolerância para com os ilegalismos populares, dispensando-as do controle permanente e ininterrupto sobre a vida social.

O governante não é mais que um mantenedor da ordem. Presume-se que basta que ele governe com virtude, assegurando a manutenção da justiça no território, para que a multiplicidade dos cidadãos se volte para o bem comum, gerando-se em consequência o bem de todos – inclusive do próprio governante. Uma vez que o exercício do seu poder se limita à cobrança de tributos e ao domínio sobre um território, basta que mantenha a concórdia em seu governo para que surjam todos os efeitos benéficos pretendidos. A *Alegoria do Bom Governo* demonstra isso com clareza, não só com as representações dos territórios conquistados por Siena (a entrega da chave e do castelo, o porto de Talamone), mas também nos versos que explicam o afresco, que se referem aos tributos e terras entregues pelos cidadãos ao governante como prêmio pelo bom

governo²¹. Há ensejo também para recordar que um elemento obrigatório na arquitetura dos palácios públicos medievais, encontrado em todos os edifícios acima citados, é a “sala dos mapas”, sempre a reiterar simbolicamente o exercício do poder soberano a incidir por sobre o território. Temos, assim, na arquitetura dos edifícios públicos medievais, uma representação capaz de explicar o modelo geral do modo como se exerce o poder nas sociedades proto-modernas.

Após essa análise da arquitetura política baixo-medieval, podemos compará-la com a peculiar arquitetura dos edifícios públicos na modernidade, que igualmente traduzem um esquema geral do modo como se concebe o poder político nessas sociedades.

Deve-se, ressaltar, primeiramente, a dificuldade de se aprofundar a interpretação simbólica da arquitetura dos edifícios públicos modernos, uma vez que sua mitificação decorre justamente de sua *racionalidade* – e, portanto, da ausência (ou pelo menos da invisibilidade) de elementos imediatamente estéticos passíveis de análise. Além disso, o poder político característico da modernidade não se manifesta no fausto de sua própria representação, mas como intervenção permanente na organização da vida social – ou seja, manifesta-se primordialmente como *urbanismo*, em vez de *arquitetura*; como *técnica*, e não como *arte*.

Desde o século XVII já aparece, nas sociedades urbanas européias, essa preocupação com a reorganização racional do traçado urbano. Utilizando-se do instituto jurídico do *alinhamento* a Paris setecentesca persegue um projeto ideal voltado à otimização das medidas e proporções das vias públicas, sistematizando práticas esparsas que já existiam no século anterior. Como explica Lacché (1995:549):

L'allineamento è pratica amministrativa che sottintende, dunque, una duplice idea di razionalità. Una razionalità urbanistico-architettonica: la filosofia cartesiana della linea retta impronta il desiderio di creare vie ampie, risultato della volontà umana e sinonimo di ordine geometrico, simmetria, monumentalismo, uniformità da contrapporre alle vie tortuose, frutto di causalità, di stratificazioni secolari, di affastellamenti. Una razionalità amministrativa che stabilisca, attraverso il piano, regole e principi stabili, validi sia per orientare, nel tempo, l'operato degli amministratori, sia per offrire maggiori garanzie ai proprietari²².

²¹ “Per questo con trionfo a lui si danno/ censi, tributi e signorie di terre” (“Por isso com triunfo lhe são dados / foros, tributos e senhorias de terras” – tradução livre).

²² “O alinhamento é prática administrativa que implica, portanto, uma duplica idéia de racionalidade. Uma racionalidade urbanístico-arquitetônica: a filosofia cartesiana da linha reta marca o desejo de criar vias amplas, resultados da vontade humana e sinônimo de ordem geométrico, simetria, monumentalismo, uniformidade a contrapor-se às vias tortuosas, fruto de causalidade, de estratificações seculares, de agregamentos. Uma racionalidade administrativa que estabeleça, através do plano, regras e princípios

No curso do século XVIII o termo “alinhamento” varia de significado, deixando aos poucos de refletir um imperativo estético de embelezamento da cidade para investir declaradamente os problemas da funcionalidade das edificações e da circulação. O alinhamento pretende subordinar o existente a uma intervenção futura, afirmando-se como técnica de ortopedia política com a qual se pretende reconquistar o espaço público desordenadamente ocupado pelos particulares.

Com a atividade do Barão George Haussmann, na segunda metade do século XIX, essa prática chega ao ápice, graças a um conjunto de condições que tornam mais eficaz a intervenção reguladora sobre a cidade (a estabilidade política, um projeto funcional à grandeza napoleônica, a utilização do instituto jurídico da *expropriação*, uma maior disponibilidade financeira – LACCHÉ, 1995:622). Com isso a Paris napoleônica pode propor realisticamente o fim das ruas “estreitas e malsãs”, promovendo a construção de largas vias de comunicação que tragam, com o ar e a luz, o bem-estar e a prosperidade dos quarteirões onde são construídas.

O projeto de Hausmann, posteriormente copiado em várias cidades do mundo, é o local onde a arquitetura manifesta com maior esplendor o *imperium* do poder político moderno: a criação de grandes bulevares, que demonstra a intenção de regular a circulação do ar e dos espaços; a preocupação com o respeito à dinâmica normal dos bairros, favorecendo-se determinados tipos de construções em regiões específicas da cidade; a idéia de zoneamento urbano, organizando-se as áreas da cidade conforme sua função específica (residencial, comercial, industrial, executiva, lazer), e regulando-se os trajetos e localizações de modo a orientar os movimentos dos indivíduos, tudo isso demonstra simbolicamente o quanto o poder político se torna um poder que comanda, que age imperativamente modificando a vida social, em vez de se apresentar como mero guardião de uma ordem tradicional estabelecida.

Embora seja no urbanismo que tenha primeiro, e com mais esplendor, se manifestado a nova concepção de exercício do poder político, não poderia levar muito tempo até que as premissas da nova racionalidade interferissem também na estética dos novos edifícios públicos que viessem a ser construídos. Podemos, então, dar continuidade à comparação iniciada com uma avaliação dos traços arquitetônicos do

estáveis, válidos seja para orientar no tempo a ação dos administradores, seja para oferecer maiores garantias aos proprietários” (*tradução livre*).

Palácio Capanema, construído no Rio de Janeiro para abrigar o Ministério da Educação e Cultura do primeiro governo Vargas.



Figura 13 – Palácio Capanema, Rio de Janeiro

O edifício foi projetado por Le Corbusier em 1936, e executado por Lúcio Costa e Oscar Niemeyer, a pedido do então ministro Gustavo Capanema, como símbolo da racionalidade e modernização do novo regime político. Busca seguir de modo bastante fiel os cinco pontos da arquitetura moderna de Corbusier, que consistiam em: *construção de pilotis e colunas*, elevando o prédio do chão de modo a tornar as construções mais abertas e arejadas, ao mesmo tempo que grandiosas, permitindo a ampla circulação de pessoas; utilização de *terraços jardim*, promovendo-se o aproveitamento dos telhados como espaços de lazer; a *planta livre de estrutura*, que utiliza poucas paredes internas para tornar os espaços mais dinâmicos, possibilitando dar vários usos ao mesmo edifício; a *fachada livre de estrutura*, que resulta igualmente da independência da estrutura, o que lhe confere mais liberdade, devendo-se manter o seu caráter simples e funcional; e as *janelas em fita*, acompanhando toda a lateral do

edifício, favorecendo a iluminação e permitindo uma relação desimpedida com a paisagem.

Assim, é construído como um bloco principal suspenso sobre pilotis, com a estrutura portante livre das paredes e divisórias internas, e vedado por cortinas de vidro. Possui quatorze andares sobre o térreo, que tem um pé-direito de mais de nove metros de altura. A utilização dos pilotis permite a criação de uma praça pública no terreno, com o andar térreo cumprindo a função de elemento de permeabilidade, para a passagem de pedestres. Sobre a marquise do bloco principal um terraço-jardim, projetado por Roberto Burle Marx.

Pode-se iniciar a análise do edifício com a indicação de que a preexistência não interessa ao arquiteto pós-iluminista, senão como pretexto para uma obra de radical transformação. O trabalho do arquiteto, na modernidade, é produzir o novo, ainda que para isso tenha de demolir o velho. Interessante notar que originalmente o profissional a ser contratado para a elaboração do projeto arquitetônico deveria ser selecionado por concurso nacional, em que foi escolhido projeto de caráter monumental e historicista elaborado pelo arquiteto Archimedes Memória. Mesmo pagando o prêmio do concurso ao vencedor, Capanema preferiu contratar outra equipe para elaborar projeto mais moderno, convocando para isso o arquiteto Lúcio Costa. Nada mais pertinente que analisar o fato à luz das considerações de Bardi (1984:41), que ressalta que a arquitetura não pode ser nada além de direta expressão do poder, visto não haver arquitetura construída sem o poder de que ela seja expressão direta, ou que ao menos explicita (sem o apoio do poder, a arquitetura é condenada ao silêncio, e se torna mero “projeto”). Diante da incapacidade do projeto vencedor de exprimir a racionalidade política do governo (pois considerado extremamente conservador), contrata-se outra equipe, mais apta a produzir o novo como símbolo da ruptura que o regime pretendia em relação ao passado.

Além disso, com suas linhas retas e preocupações funcionalistas a arquitetura moderna busca, em suas construções, os ideais de perfeição e pureza formal que traduz em objetos absolutos, subtraídos à lei do tempo. Deixa, assim, de se relacionar com o passado, não só porque tem os olhos postos no futuro, mas porque pretende ocupar uma posição exterior à própria temporalidade, revestindo-se de atributos válidos universalmente como manifestação da razão humana. Desde o neoclassicismo

iluminista do século XVII o passado só pode ser evocado na arquitetura poeticamente, como manifestação autônoma do belo (ARGAN, 2002:235). Uma das consequências dessa forma de pensamento é a tendência de crítica de toda solução formal que não corresponda a uma necessidade estrutural, que atingirá seu ápice no início do século XX, com a escola Bauhaus. Não custa lembrar, também, como exemplo mais recente, a construção *ex nihil* de uma cidade inteira que servisse de nova capital para o país – Brasília.

Todos estes fatores representam perfeitamente o voluntarismo característico da ordem política moderna. Enquanto o poder medieval se legitimava pelo respeito a uma ordem objetiva tradicional de caráter histórico ou transcendental, a soberania moderna se afirma (talvez já em Bodin, mas certamente desde os contratualistas) como ponto de origem absoluto do poder político, como manifestação abstrata da autonomia da vontade humana. Exercer o poder é construir a sociedade que se deseja, transformando a ordem objetivamente existente de modo a torná-la mais compatível com os desejos e necessidades dos homens. Na modernidade, deter poder é, acima de tudo, querer, e ter a capacidade de transformar essa vontade em realidade através da ação política.

Outro elemento importante é o fato de que na Modernidade o poder não se exerce como mera *iurisdictio*, mas como *imperium*, poder de comando sobre os homens e regulação da vida social. O Palácio Capanema também ilustra esta característica, na medida em que a organização de seus espaços e fluxos tem o objetivo precípuo de organizar “de uma outra forma” a vida urbana. É nesse momento que a arquitetura se transforma em urbanismo, quando o edifício deixa de ser concebido isoladamente e os planejadores começam a se preocupar também com os seus efeitos na população da região circundante. O documento da fundação Corbusier sobre o edifício o elogia, nesse sentido, ressaltando sua capacidade de modificar a organização urbanística da região – o projeto permitiria utilizar de modo mais adequado os traços das ruas e quarteirões, introduzindo novamente o espaço na paisagem urbana, bem como meios mais eficazes de circulação²³. Os edifícios públicos modernos exprimem, assim, o aspecto imperativo do exercício do poder político, preocupando-se com a inserção do

²³ “Il permettrait de tirer un parti admissible des traces fâcheux de rues et de blocs et d’introduire à nouveau l’espace dans le site urbain, ainsi que des moyens efficaces de circulation”. No website da fundação, acessado em 29 de setembro de 2010:
<<http://www.fondationlecorbusier.fr/corbuweb/morpheus.aspx?sysId=13&IrisObjectId=4948&sysLanguage=fr-fr&itemPos=125&itemCount=216&sysParentId=65>>.

palácio na cidade e as conseqüências regulatórias que ele pode gerar pelo simples fato de existir – a circulação do ar, a luminosidade, a circulação de pessoas, o tráfego de veículos...

Por fim, uma última característica do modo de exercício do poder político na Modernidade, também perceptível na arquitetura de seus edifícios públicos, é o fato de que o poder deixa de se manifestar com o fausto da intervenção pontual e clamorosa, restaurando pelo exemplo a ordem vigente, para começar a atuar de maneira discreta e permanente, mantendo o bom funcionamento da vida social em seu próprio benefício.

Trata-se, em suma, de um poder que não se apresenta mais no esplendor do julgamento e da punição, mas na discricção da atividade administrativa cotidiana, atuando constantemente de modo a assegurar o bem-estar da coletividade. Como explica Argan (2002:236), a arquitetura deixa de ser a imposição de uma visão de mundo, ou de certos valores religiosos ou políticos, passando a ser vista como um serviço social, a ser realizado com tempestividade, economia, decoro e correção. Do edifício como monumento passa-se ao edifício como expressão de uma função social, e esta característica explica também a dificuldade de se encontrar nos edifícios públicos modernos elementos figurativos que traduzam com a clareza da *Alegoria do Bom Governo* o modo de funcionamento do poder político.

Basta observar a fachada do Palácio Capanema para compreender a que se refere Argan. Não há mais elementos decorativos, símbolos de poder como brasões, ou qualquer preocupação com a manifestação da majestade do poder político. O edifício se apresenta com racionalidade adstrita à sua função – belo, grandioso, mas acima de tudo *adequado* ao correto desempenho de uma atividade administrativa. Nesse sentido é o típico edifício ministerial, meramente executivo, a expressar eficiência, em vez de luxo.

Se a arquitetura dos edifícios públicos medievais registra o modo específico de exercício de um *governo por jurisdição*, deve-se reconhecer que a arquitetura dos edifícios públicos modernos, ainda que talvez com mais sutileza, registra o modo específico de funcionamento de um *governo por administração*, traduzindo a concepção de poder político típica da modernidade. Um poder que se apresenta como manifestação de um ato de vontade do soberano, apto a criar livremente a ordem política que lhe parecer mais adequada ou racional; um poder que se afirma

imperativamente, como regulação da vida urbana em prol do bem da coletividade, manifestando-se como poder de prescrever condutas; e, enfim, um poder que não se apresenta com majestade, mas discretamente, por uma intervenção constante e ininterrupta na vida social.

Trata-se, em suma, de um novo modelo de exercício do poder, exigido pelas novas formas de distribuição social e espacial da riqueza, que com o desenvolvimento industrial passa a estar concentrada nas mãos da população sob a forma de máquinas e matérias-primas, e, portanto, diretamente exposta à depredação. Torna-se necessária, nesse contexto, a instauração de novos mecanismos de controle social, a atuarem de modo sutil e preciso, diretamente sobre os corpos dos indivíduos, de modo a buscar a sujeição constante de suas forças com a imposição de uma relação de docilidade-utilidade (reduzindo a força do corpo como força política e maximizando-a como força econômica). Organiza-se, então, um dispositivo com capacidade para regulamentar em detalhes a vida individual, com o objetivo de fazer com que, sem afetar a ordem do Estado, as suas forças cresçam o máximo possível (FOUCAULT, 2004c:329).

Na sociedade moderna o governante não é apenas um mantenedor da ordem; ele é o próprio criador da ordem, que constrói com base em sua vontade livre, tendo em vista a organização de um dispositivo sutil, discreto e permanente de exercício do poder, capaz de permitir a reorganização urbana para a satisfação de um conjunto de interesses que não são mais da coletividade, mas do próprio Estado. A arquitetura do edifício público moderno retrata com precisão notável esse mecanismo político, afirmando-se como manifestação física da lógica de exercício do poder administrativo/disciplinar.

Após esse longo desvio estilístico, parece ser possível a obtenção de uma imagem, ainda que um tanto impressionista, de dois modelos básicos de exercício do poder político: de um lado um poder de governo que se apresenta como *jurisdição*, atuando como veículo de um dispositivo de poder soberano que assegura o controle sobre um determinado território e o açambarcamento da produção; de outro, um poder de governo que se apresenta essencialmente como *administração*, atuando como veículo de um dispositivo de poder disciplinar que permite a prescrição de comportamentos individuais funcionalmente adequados à proteção e ao contínuo fortalecimento do Estado.

De certo modo, essa contraposição é o tema da presente tese de doutorado. Afinal, a história do direito administrativo (assim como a história da própria administração pública) se confunde com a história das diferentes formas de exercício do poder. Pode-se inclusive afirmar, como hipótese inicial de pesquisa, que o direito administrativo apenas nasce quando se estabelece nas sociedades ocidentais um dispositivo de poder normalizador que faz com que o governo deixe de se afirmar como jurisdição e passe a ser definido com base em uma atuação de caráter essencialmente administrativo. Assim, compreender as diferenças entre governo jurisdicional e governo administrativo é pressuposto indispensável à compreensão do processo histórico que conduz à formação deste ramo específico do direito público.

Há, porém, no objeto delimitado para a presente pesquisa, uma complicação adicional. Ocorre que o direito administrativo que começa a circular em nosso país com mais de meio século de atraso, nos anos 50 do século XIX, obviamente não encontra no território nacional um modelo de exercício do poder político idêntico ao que pretendia regular na realidade européia. Em vez de uma sociedade normalizada, submetida à regulação permanente de um Estado Administrativo que intervém na vida urbana, encontra uma sociedade de soberania, com um Estado Jurisdicional que ainda não manifesta (seja por incapacidade, seja por inadequação) o seu poder político sob a forma do regulamento administrativo. E é na tentativa de fornecer uma explicação para essa aparente incompatibilidade que está o objetivo principal do presente estudo.

Para isso, a pesquisa deve começar por uma revisão da literatura existente sobre a formação do direito administrativo na Europa, buscando compreender com a maior profundidade possível o processo por meio do qual ocorreu a transição de um Estado Jurisdicional para um Estado Administrativo, com a conseqüente formação de um novo ramo do direito. Essa primeira parte deverá atuar como alicerce dos estudos que serão realizados na segunda parte deste trabalho, dedicado especificamente à compreensão do processo de formação de um direito administrativo brasileiro.

3 A GÊNESE DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA EUROPA

3.1 A Palavra, a Coisa, o Direito

Antes que se dê início ao estudo sobre a formação do direito administrativo europeu, há algumas questões conceituais que devem ser enfrentadas para a compreensão do significado histórico de sua elaboração teórica. Como apontam Mannori e Sordi (2006:6), a expressão *direito administrativo* não constitui um daqueles lemas sempre presentes no vocabulário jurídico ocidental, cujas origens se perdem na noite dos tempos. Por esse motivo, qualquer tentativa de sua reconstrução histórica é obrigada a partir de uma explicação de ordem lingüística-conceitual, avaliando-se o significado que pode ser atribuído ao surgimento da palavra nos ordenamentos jurídico-políticos protomodernos.

Michael Stolleis já havia abordado questão similar em sua *História do Direito Público* (2008:3), ao indagar se a formulação verbal da expressão *ius publicum*, conhecida desde a antigüidade romana, poderia ser considerada um indício seguro da existência da coisa a que se refere – um direito público com natureza específica, autônoma e distinta daquela do direito privado geral.

Como ressalta o autor (STOLLEIS, 2008:6), é possível afirmar que houve alguma forma de domínio político e de administração durante todo o curso da história. Todas as sociedades (“civilizações ou outras formas de cultura”, enfatiza, talvez com excessivo eurocentrismo) acabaram desenvolvendo alguma forma de controle central do poder e de subdivisão do trabalho no que se referia às questões comuns; é claro, também, que para que esses sistemas funcionassem seria indispensável a existência de um conjunto de normas aceitas e observadas, sem que precisassem ser necessariamente escritas ou devessem ter a qualidade de jurídicas. Se partíssemos dessas premissas, a história do direito público se confundiria com a história do poder e da administração, e a sua origem estaria na aurora das sociedades humanas.

É evidente, no entanto, que não podem ser estes os alicerces da pesquisa historiográfica. Uma afirmação generalista como a formulada acima exige vários graus de refinamento, sob pena de nos vermos obrigados a trabalhar em um nível tal de abstração que nos impediria de compreender as especificidades e transformações existentes em cada contexto histórico, limitando-se o trabalho do historiador a uma

acrítica identificação analógica de traços do presente no passado – o que se traduziria em naturalização ideológica ou legitimação evolucionista da realidade em que vivemos atualmente, como ressalta Ricardo Fonseca (2009). Assim, devem-se levar em consideração também outros elementos, além da mera existência da palavra, como: o significado atribuído à expressão no contexto específico em que era utilizada; o grau de autonomia conceitual de que dispunha; o modo como circulava; e as funções efetivamente cumpridas no interior da realidade social. Após tais polimentos, Stolleis pôde afirmar que o uso lingüístico do termo *ius publicum*, apesar de sua longa vida, apenas assume conotações precisas no contexto da primeira idade moderna e do surgimento do Estado moderno na Europa – ou seja, em torno do século XVI (STOLLEIS, 2008:8).

A situação é um pouco diferente, mas não menos complexa, quando se trata especificamente do direito administrativo. Se na história do direito público a dificuldade consiste em distinguir a novidade moderna de seu emprego desde a antigüidade clássica, na história do direito administrativo a dificuldade maior consiste em compreender adequadamente o significado do surgimento moderno da própria palavra, e em definir o tipo de olhar que se deve dirigir para um passado que não a conheceu.

Como observam Mannori e Sordi (2006:7), a historiografia tradicional tende a afirmar que a coisa a que a expressão *direito administrativo* se refere começou a existir muito tempo antes da invenção da palavra. Para isso, costuma se fundar na dúplici evidência, também referida por Stolleis, de que qualquer sociedade humana com certo grau de complexidade é obrigada a assumir funções de caráter substancialmente “administrativo”, e de que atividades dessa natureza não poderiam ser reguladas exclusivamente por meio do direito comum. A hipótese é reforçada pela constatação de que, dos três modos em que o poder público se manifesta no âmbito do Estado Moderno (Executivo, Legislativo, Judiciário), é o ato administrativo que se apresenta como a função mais elementar e indispensável – o que o credenciaria, automaticamente, como também o mais antigo²⁴.

²⁴ Os autores recordam a emblemática frase de Jellinek, que condensa convicções bastante difundidas na cultura jurídica dos séculos XIX-XX: “Pode-se conceber um déspota que governe sem leis e sem juízes, mas um Estado sem administração seria anarquia” (*apud* MANNORI e SORDI, 2006:9).

Dessa forma, a explicação usualmente fornecida para o surgimento do direito administrativo se desenvolve em termos de *descoberta*: a modernidade teria tornado visível algo que já existia, mas que não éramos capazes de enxergar. Apenas com a Revolução Francesa e o liberalismo isso teria sido possível, pois somente a elaboração de um sistema de garantias individuais e coletivas teria permitido a construção de uma verdadeira legalidade administrativa, auto-consciente de seu papel e importância. Em outras palavras, o surgimento do direito administrativo coincidiria com a passagem do Estado Absoluto ao Estado de Direito, e com a limitação dos poderes administrativos preexistentes por um conjunto de normas jurídicas de proteção dos cidadãos.

Mannori e Sordi expõem com precisão cirúrgica o poder veiculado nos interstícios desse tipo de discurso:

Per quanto raramente sviluppato in maniera analitica dalla dottrina amministrativistica, questo modello genealogico ha giocato, fin dal secolo scorso [sec. XIX], un ruolo basilare nell'economia del suo discorso. Esso ha, infatti, permesso di dare per acquisita l'originarietà e, per così dire, l'ineluttabilità del potere amministrativo, che viene presentato come un elemento costitutivo dello Stato fin dai suoi albori, ovunque essi si vogliano poi collocare. L'esserci dell'amministrazione e del suo statuto autoritario è assunto così a dato fondante e indisponibile della statualità, *tout court*. Un dato che la civiltà contemporanea ha 'trovato' e non 'creato', di cui quindi essa non è responsabile e che si è anzi impegnata con tutti i mezzi a rendere compatibile rispetto ai propri valori garantistici. La retrospezione storica è stata insomma qui chiamata in tutta evidenza a svolgere un ruolo legittimante, diretto ad assolvere la disciplina dalla possibile accusa di aver introdotto una tipologia di potere confliggente con i valori di fondo del costituzionalismo moderno. Al tempo stesso, essa lascia già intendere quali saranno le grandi linee del campo disciplinare del diritto amministrativo. Al suo centro si staglia il potere dell'amministrazione, come grande legato storico di quelle età in cui l'attività dello Stato "non era contenuta da alcuna regola giuridica"; metre tutt'attorno si erge il grande sistema d'arginatura volto a mantenere quel potere entro l'alveo del principio di legalità, attraverso un complesso castello di forme, procedure e mezzi di impugnazione. Lo Stato moderno "non può rinnegare le sue origini: esso non scarta e non cancella le idee che ne ha ricevuto, ma le sviluppa" (MANNORI E SORDI, 2006:10)²⁵.

²⁵ “Apesar de raramente desenvolvido de modo analítico pela doutrina administrativista, este modelo genealógico desempenhou, desde o final do século passado [o séc. XIX], um papel basilar na economia do seu discurso. Ele permitiu, de fato, tomar como dada a originariedade e, por assim dizer, a inelutabilidade do poder administrativo, que é apresentado como elemento constitutivo do Estado desde as suas origens, onde quer que se as deseje estabelecer. O *ser* da administração e do seu estatuto autoritário é assumido, assim, como dado fundante e indisponível da estatalidade, *tout court*. Um dado que a civilização contemporânea ‘encontrou’, e não ‘criou’, e pelo qual não é, portanto, responsável, e que, pelo contrário, se esforçou de todos os modos para compatibilizar com os seus próprios valores garantistas. A retrospectiva histórica é chamada, em suma, com toda a evidência, a desempenhar um papel legitimante, voltado a absolver a disciplina da possível acusação de ter introduzido uma tipologia de poder conflitante com os valores de fundo do constitucionalismo moderno. Ao mesmo tempo, já deixa entrever quais serão as grandes linhas do campo

Percebe-se, em suma, que o discurso jus-historiográfico tradicional tende a uma legitimação do Estado Liberal pós-revolucionário, na medida em que o identifica como responsável pela regulação e limitação dos poderes de um Estado Absoluto, ao mesmo tempo em que o isenta da responsabilidade pela criação do padrão de autoridade que caracteriza a ordem estatal moderna e contemporânea. O “ser” da administração é concebido como realidade natural irresistível, em vez de ente construído pela própria Revolução, que na melhor das hipóteses teria os poderes de domá-lo e domesticá-lo – com a sua regulação por um direito administrativo cuja novidade não está em existir, mas em proteger a liberdade dos indivíduos da fúria arbitrária do despotismo pré-moderno.

Pesquisas mais recentes têm conseguido escapar com sucesso desse discurso de matriz liberal, para interpretar de modo distinto o desenvolvimento de um direito especificamente administrativo no final do século XVIII. Sem negar as premissas de que parte a historiografia tradicional, propõem uma reinterpretação do significado atribuído à administração pré-moderna, o que permite compreender com maior profundidade as transformações ocorridas no período revolucionário e que culminaram na construção de um direito administrativo autônomo.

É o caso do denso estudo de Paolo Napoli sobre o *Nascimento da Polícia* (2003). Por ora, o que interessa é retomar a sua genealogia da administração, acompanhando as transformações sofridas pela *administração-instituição* e pela *administração-conceito* na história do direito europeu para que possamos vislumbrar as premissas de uma outra perspectiva de interpretação das mudanças ocorridas nos primórdios da idade moderna no Ocidente. Em seu significado mais genérico a palavra *administração* percorre os séculos como sinônimo de conduta política, de governo do Estado. Não obstante, não é sempre idêntica em sua acepção, nem é estático o contexto jurídico em que ela é utilizada durante sua existência.

Como explica Napoli (2003:143), em latim, *administratio* provém da expressão *ad manus venire*, que significa, literalmente, “ter a mão” sobre alguma coisa. De modo

disciplinar do direito administrativo. Em seu centro se destaca o poder da administração, como grande legado histórico daqueles tempos em que a atividade do Estado ‘não era contida por qualquer regra jurídica’; enquanto ao seu redor se ergue o grande sistema de aterramentos dedicado a manter aquele poder no leito do princípio de legalidade, através de um complexo castelo de formas, procedimentos e meios de impugnação. O Estado moderno ‘não pode renegar suas origens: ele não descarta ou cancela as idéias que recebeu, mas as desenvolve’ ” (tradução livre).

geral o direito romano emprega o termo para designar a função geral dos magistrados no governo da República. Já no início do Principado (27 a.C.), porém, verifica-se uma viragem que tende a dar à palavra uma gama de significações mais ampla: durante uma escassez de alimentos, Augusto se reconhece como aquele que estava encarregado da administração do provisionamento, o que faz com que o conceito de *administrare* seja utilizado tanto como um perfil formal de conteúdo variável (a simples posição de exercício de um poder) quanto como a tradução concreta e particular de uma tal prerrogativa (organizar os instrumentos de modo a atingir um objetivo prático específico). Administrar passa a implicar uma conservação que favorece o desenvolvimento da realidade considerada.

Deve-se ressaltar, porém, que o conceito de *administratio* não se desenvolvia em um contexto teórico juspublicista, mas era apenas a adaptação geral de uma categoria típica do direito privado: *administrare*, no direito romano clássico, era a prerrogativa do *curator*, designado para realizar a *administratio* dos bens do menor. Assim, é por sinédoque que se concebe a atividade dos governantes como *administratio*²⁶, expressão que traduz, essencialmente, a gestão dos negócios em representação e no interesse de alguém (assim como do governo, em representação e no interesse do povo romano).

O direito comum medieval enriquece a *administratio* herdada do direito romano (NAPOLI, 2003:146). A idéia de um serviço prestado a fim de se ocupar de algo ou de alguém já havia sido apropriada pelo direito canônico da Alta Idade Média, em referência à ocupação provisória de uma diocese vaga pelo bispo vizinho, dito *visitor*. A *curam gerere* do *visitor*, regulada pelo Concílio de Riez (439 d.C.) para assegurar a continuidade administrativa da Igreja, corresponde em todos os aspectos à função que posteriormente Bonifácio VIII reconhecerá ao administrador apostólico, o delegado a uma diocese nomeado pelo próprio Papa. O sexto livro das Decretais fixa o alcance exato da *administratio* em relação com a capacidade de disposição sobre os bens, que já encontrávamos na *cura* do direito romano. A *administratio* pertence à esfera do *officium*, o que implica na administração das coisas eclesiásticas, mas não em seu governo-jurisdição.

²⁶ Sinédoque é a figura de linguagem que consiste em, por metonímia, substituir um termo por outro, ampliando ou reduzindo o sentido usual da palavra ao aplicar-se-a em contexto diverso daquele que lhe deu origem.

A distinção medieval entre *iurisdictio* e *administratio* não deve nos enganar: ela não se refere à separação montesquiana entre os poderes jurisdicional e executivo do Estado, mas a uma separação conceitual entre as prerrogativas de *governo* e mera *representação dos governantes*. De fato, a *iurisdictio* medieval não consiste apenas no poder de julgamento do caso concreto, constituindo o momento total do exercício do poder político. Demonstra-o a definição de Irnério, para quem *iurisdictio est potestas cum necessitate iuris redendi equitatisque statuendae*²⁷.

Napoli (2003:146) esclarece que o ato de julgar implica a existência de um desequilíbrio entre autoridade e subalterno, e indica tanto a relação de poder quanto a posição de dominação em ação. Desse modo, em um sentido jurídico-político a *iurisdictio* designa a pura forma da relação de poder, enquanto em um sentido mais propriamente técnico-judiciário ela indica a atividade concreta exercida por uma autoridade jurisdicional dotada de meios coercitivos. Percebe-se, então, que quando os textos dos séculos XII a XIV distinguem *iurisdictio* e *administratio* não opõem conceitos irredutíveis, mas evidenciam uma espécie de desdobramento interno segundo o qual a *administratio* tornaria efetiva, por representação coercitiva, a potencialidade da *iurisdictio* como poder geral de governo.

Até a Idade Média tardia, o substantivo *administratio* é empregado apenas como variação morfológica do verbo e do sujeito, que confirmam uma unidade conceitual predominante: a atividade do administrador consiste na gestão e no governo de coisas, patrimônios, lugares e instituições. Administrar é fornecer, obter algo para alguém, assim como se “administra um medicamento”, por exemplo. Apenas na época moderna é que tem início o processo de substantivação da administração, com o termo aparecendo no direito civil do séc. XVI para designar o conjunto dos poderes atribuídos ao pai que tem menores sob seu poder. Percebe-se que ainda nesse período a administração é reconduzível ao exercício de funções determinadas, à *potestas* do pai sobre o filho menor, convergindo em seu conceito poder e patrimônio, forma e conteúdo (NAPOLI, 2003:148).

No século XVII a administração começa a aparecer também em tratados políticos, sendo definida como uma modalidade da ação *ex auctoritate*, separada, mas complementar à jurisdição. Nesse sentido, reforça a idéia de serviço típica das

²⁷ “Jurisdição é o poder de estabelecer a equidade com a obrigação de dar justiça” (*tradução livre*).

prerrogativas da tutela e curatela, mas já começa a designar um corpo determinado de pessoas, aproximando-se de seu sentido atual. Aos poucos o verbo “administrar” passa a ter um conteúdo econômico, comparando-se a administração dos bens e negócios de uma pessoa com a administração das finanças e rendas do Estado. O elemento contábil passa a ocupar o centro da administração e do fato de governar, que ainda significa julgar, mas passa a significar também calcular, gerir, desenvolvendo-se, no final do século XVII, os grandes aparelhos burocráticos criados para realizar essa atividade.

Não obstante, a linguagem erudita continua a ignorar o termo “administração” com esse significado até a segunda metade do século XVIII, quando finalmente começa a ocorrer a sua tecnicização jurídica e a sua especialização econômico-financeira. Emerge com cada vez mais clareza o caráter administrativo do Estado, concebido como organismo totalizante a que se atribui um conjunto de funções. A administração progressivamente se torna uma variável evidente e independente, com um regime próprio de verdade que não pode deixar de ser tomado em consideração (NAPOLI, 2003:155). Torna-se, então, o domínio onde a política se deixa compreender publicamente, justamente por ser o domínio onde ela pode ser reduzida a um saber objetivo e comunicável. Na virada para o século XIX a administração se torna a principal atividade do Estado, a ponto de se identificar com ele sob a forma de Administração Pública, dando origem a uma nova forma de exercício do poder político e, por conseguinte, ao novo ramo do direito público.

Compreendem-se, por essa breve genealogia da administração, os motivos pelos quais não se pode falar em uma essência administrativa do Estado que o direito teria descoberto e regulado após as revoluções burguesas. Ainda que a palavra *administração* já possuísse significado técnico-jurídico específico no direito romano antigo, em nada ele se assemelha ao significado técnico-jurídico que lhe foi atribuído a partir do final do século XVIII, quando passa a identificar a principal atividade do poder político organizado.

Embora seja possível identificar uma atividade materialmente administrativa também em ordens políticas pré-modernas (ao menos desde o Principado Romano), ela não representava a manifestação essencial do poder político, e nem a sua presença implicava na existência necessária de um direito administrativo que a regulasse, sequer em estado oculto. Devemos, portanto, nos afastar do esquema de análise da

historiografia jurídica tradicional, para adotarmos o modelo de investigação proposto por Mannori e Sordi (2006:12), que partem da compreensão de que o processo de *state building* na Europa jamais se configurou como um combate frontal entre o pólo da estatualidade e aquele dos poderes preexistentes ou colaterais.

Como explicam os autores, por todo o curso da idade moderna a consolidação dos Estados se baseou em uma colaboração entre os príncipes e os outros protagonistas da cena institucional, afirmando-se como tarefa essencial do poder a manutenção de um equilíbrio entre as suas partes constitutivas. Até o final do século XVIII as novas práticas do aparato público não chegaram a substituir a velha prática e a velha teoria do poder por uma condução propriamente executiva do Estado, e o quadro das funções públicas continuou a se ordenar naturalmente em torno do *primado da jurisdição*, conforme um modelo que em nada se aproxima da visão historiográfica liberal sobre as características do Estado Absolutista.

A Administração não é, portanto, resultado de um reforçamento de características naturais e eternas do Estado promovido pelo Absolutismo do Antigo Regime, mas um produto de sua crise, da crise constitucional de uma sociedade poliárquica e fragmentada que aos poucos deixa de conceber o poder como jurisdição para passar a concebê-lo como império – ao mesmo tempo em que cria um corpo de regras jurídicas para regular o seu exercício. Nas palavras de Mannori e Sordi:

L'emersione della categoria disciplinare, poi, non è più il sintomo dell'avvenuta sottoposizione alla legge di un potere metagiuridico da sempre esistente e come tale ben noto, ma piuttosto il segno dell'inverarsi di quel potere stesso, che per la prima volta si manifestò agli occhi dei contemporanei nella sua nuda grandezza, reclamando un riconoscimento adeguato (2006:14)²⁸.

Em síntese, e para concluir esta genealogia preliminar: se é verdade que a palavra *administração* é antiga, não teve sempre o mesmo significado. Quanto à coisa, nos moldes em que a conhecemos é uma invenção recente, e contemporânea à invenção do próprio direito que a organiza. O que o direito administrativo cria na virada para o século XIX não é tanto um novo espaço de legalidade e proteção dos indivíduos perante o poder, mas uma forma inédita de declinação da autoridade pública, cuja construção e explicitação é tanto sua obra quanto o é a limitação de tais poderes.

²⁸ “A emergência da categoria disciplinar, então, não é mais o sintoma da advinda submissão à lei de um poder metajurídico desde sempre existente e reconhecido como tal, mas o sinal da realização desse próprio poder, que pela primeira vez se manifestou aos olhos de seus contemporâneos em sua nua grandezza, reclamando um reconhecimento adequado” (*tradução livre*).

Os próximos capítulos serão dedicados a apresentar o processo que deu origem a esse novo esquema de funcionamento do poder político, evitando os modelos naturalistas e evolucionistas de análise para tentar compreender como, apesar da antigüidade da palavra *administração*, se forma apenas no final do século XVIII uma nova modalidade de exercício do poder pelo Estado, que se estrutura simultaneamente à criação de um novo ramo do saber jurídico – e que torna possível o seu conhecimento, a sua organização e a sua limitação. O estudo será baseado essencialmente em uma revisão das investigações já realizadas por historiadores do direito europeus, dentre os quais se destacam a competente pesquisa de Mestre sobre o direito administrativo francês pré-revolucionário (1986), o completo estudo de Stolleis sobre a publicística do império alemão (2008), e sobretudo a inovadora *História do Direito Administrativo* de Mannori e Sordi (2006), principal fonte de informações e inspiração para este trabalho²⁹.

Deve-se ressaltar, contudo, o caráter esquemático dessa revisão bibliográfica, realizada com o objetivo expresso de fornecer um pano de fundo para a investigação sobre a história da ciência brasileira do direito administrativo. Por esse motivo serão generalizadas algumas das conclusões obtidas pelos autores de modo a se obter, ao final, algo como um panorama geral do processo de formação do direito administrativo na Europa, sem ater-se às trajetórias específicas da disciplina nos diversos países em que ela se desenvolveu. Se existe *um* ponto de concordância entre os diversos autores estudados, é a necessidade de observação das peculiaridades do desenvolvimento deste novo ramo do saber jurídico em cada um dos países europeus, ressaltando-se especialmente as diferenças entre os percursos seguidos na França, na Alemanha, na Itália e na Inglaterra. Fioravanti questiona explicitamente:

Si deve però a questo punto riflettere per un istante sulla legittimità di un'estesa generalizzazione del modello francese a livello europeo. [...] È proprio vero che dappertutto, e soprattutto in Germania ed in Italia, viene recepito questo modello incentrato sulla giurisdizione amministrativa specializzata, e sulla elaborazione del diritto amministrativo per via giurisprudenziale, con il sostegno attivo della dottrina? E, dunque, sul piano più specifico della storia della scienza, è proprio vero che il *significato fondamentale* del passaggio al metodo costruttivo-dogmatico è

²⁹ Todos autores mais preocupados com a racionalidade que preside a formação do direito administrativo na Europa do que com os momentos de criação doutrinária e transformação dogmática – questões abordadas por outros autores, e até interessantes, mas incapazes de fornecer uma explicação para o surgimento da disciplina no contexto histórico do século XIX, ou uma análise detida dos seus efeitos no interior do dispositivo de poder vigente.

quello della creazione, storicamente necessitata, di una tecnica di sistemazione della attività giurisprudenziale in forma di principi ed istituti giuridici? (FIORAVANTI, 1984:603)³⁰.

Ainda assim, apesar das diferenças de características e trajetórias, parece ser possível a apresentação de um modelo geral de desenvolvimento da ciência na Europa, a partir do qual se possam identificar algumas características gerais que permitam o estabelecimento de um quadro comparativo com a sua trajetória no país. O objetivo, portanto, não é analisar as excentricidades da genealogia da disciplina em cada uma das localidades onde se formou, mas estabelecer uma imagem geral contra a qual possam aparecer com mais clareza as peculiaridades da história brasileira do direito administrativo – que é, afinal, o objeto específico desta pesquisa.

Esse panorama geral será apresentado nos próximos capítulos do trabalho.

³⁰ “Deve-se, porém, neste ponto, refletir por um instante sobre a legitimidade de uma extensa generalização do modelo francês em nível europeu. [...] É verdade que por toda parte, e sobretudo na Alemanha e na Itália, é recebido este modelo centrado sobre a jurisdição administrativa especializada, e sobre a elaboração do direito administrativo por via jurisprudencial, com o suporte ativo da doutrina? E, assim, no plano mais específico da história da ciência, é verdadeiro que o *significado fundamental* da passagem ao método construtivo-dogmático é o da criação, historicamente necessária, de uma técnica de sistematização da atividade jurisprudencial na forma de princípios e institutos jurídicos?” (*tradução livre*, grifos no original).

3.2 O Estado Jurisdicional

Segundo Mannori (1990:345), o inevitável ponto de partida de uma análise sobre as funções públicas realizadas pelo Estado Moderno é o comentário de Bartolo à noção de *imperium* de Ulpiano (que atribuíra força de lei a tudo o que agradasse ao príncipe, conforme o princípio *quod principi placuit habet legis vigorem*), afirmando-a como a forma mais plena de *iurisdictio*. Desse modo, caracteriza o titular do poder como jusdicente, produtor de prescrições jurídicas jamais completamente livre e jamais completamente vinculado: sua atividade consiste em produzir novos preceitos jurídicos, extraindo-os de outros preexistentes e dotados de maior grau de generalidade.

Além disso, decorre de tal afirmação também que a essência do poder é sempre a mesma; podem-se distinguir os *potentes* conforme o grau de sua autoridade, mas não conforme o tipo de poder exercido, já que ele sempre se manifesta, unitariamente, como *iurisdictio*. Dessa substância unitária podem ser deduzidos vários atributos, que Bartolo reduz a duas duplas de conceitos: conforme as finalidades que persegue concretamente, o exercício do poder pode se voltar a uma *utilitas privata* ou a uma *utilitas publica*, única hipótese em que o seu titular pode agir sem provocação; conforme o grau de vinculação ele pode ser distinguido em *officium iudicis mercenarium* ou *officium iudicis nobile*, cabendo ao titular do primeiro apenas o accertamento de elementos de fato, enquanto o detentor do segundo exercita poder próprio, podendo modificar a seu critério a posição jurídica dos súditos (MANNORI, 1990:348). Verifica-se, assim, uma forte tendência de absorção da atividade que hoje concebemos como materialmente administrativa pela justiça, o que implica também em sua necessária vinculação a um processo.

Completada pelo pensamento político de Baldo, que distingue o *imperium a iure limitatum* de um *merum imperium absolutum* pertencente apenas ao príncipe (sem que isso modifique a essência jurisdicional do próprio *imperium*), essa concepção permanece por todo o curso do século XV, com o exercício do poder se afirmando sempre como mera explicitação de um direito preexistente. Explica Mannori (1990:357):

Il termine stesso “imperium” possiede in giurisprudenza un significato univocamente tecnico-giudiziario, che niente ha a che vedere col senso comune della parola. Lungi dal rinviare all’idea di un comando unilaterale, il lessema

coglie il momento più qualificante della funzione del giusdicente – quello in cui lo *ius dicere* si sublima in un’attività più creativa che dichiarativa, senza con ciò negare in alcun modo la propria vocazione esclusiva al ministero della giustizia³¹.

A interpretação é compartilhada por Stolleis (2008:171), para quem a amplitude das variações de significados atribuídos ao vocábulo *iurisdictio* demonstra como a atividade judicial correspondia ao núcleo da autoridade pública medieval, de modo que mesmo as suas formas não judiciais (como as administrativas, por exemplo) eram reconduzidas a manifestações “jurisdicionais”, em sentido amplo:

L’ampiezza delle varianti di significato dimostra come fosse corrente all’epoca – e sino al XVIII secolo – la convinzione che l’attività giudiziale fosse il nocciolo della pubblica autorità e che le forme non giudiziali di quest’ultima fossero in ultima analisi da ricondurre a manifestazioni “giurisdizionali” in senso lato: nel senso, cioè, che l’autorità possa stabilire, sia in generale che nelle singole ipotesi, cosa sia legittimo. Da questo punto di vista era secondario di qua³²li strumenti si serviva cioè si di legge, giudizio o ordinanza (STOLLEIS, 2008:171).

Entre o final da idade média e o início da idade moderna os novos ordenamentos territoriais se caracterizam por uma progressiva ampliação do seu campo de atuação, que deixa de estar focado no puro exercício da jurisdição para voltar-se também ao âmbito da administração (MANNORIE SORDI, 2006:17).

No paradigmático caso francês, por exemplo, até o século XIII a Senhoria aparecia como o modelo por excelência de exercício do poder político, consistindo em uma unidade militar, financeira, fiscal e judiciária por meio da qual o Senhor organizava em seu próprio interesse o território sob seu controle. As funções públicas eram objeto de apropriação privada, o que promovera um enfraquecimento da antiga distinção romana entre direito público e direito privado, e a transferência do poder central a grupos de particulares – que passaram, assim, a se comportar como autoridades locais. Não existe, nesse período, um centro político e administrativo capaz de dominar o território,

³¹ “O próprio termo ‘imperium’ possui na ciência do direito um significado univocamente técnico-judiciário, que não tem nada a ver com o sentido comum da palavra. Longe de remeter à idéia de um comando unilateral, o lexema colhe o momento mais qualificante da função do jusdicente – aquele no qual o *ius dicere* se sublima em uma atividade mais criativa que declarativa, sem com isso negar, de modo algum, a própria vocação exclusiva ao ministério da justiça” (tradução livre).

³² “A amplitude das variações de significado demonstra como era corrente na época – e até o século XVIII – a convicção de que a atividade judicial fosse o núcleo da autoridade pública, e que as suas formas não judiciais fossem, em última análise, reconduzidas a manifestações “jurisdicionais” em sentido lato: isto é, no sentido de que a autoridade possa estabelecer, genericamente ou nas hipóteses singulares, o que seja legítimo. Deste ponto de vista era secundário saber de quais instrumentos se servia, isto é, se de lei, juízo ou ordenação” (tradução livre).

dividido em uma pluralidade de instituições que compartilham o exercício do poder político de modo fragmentário, complexo e não coordenado.

Já ao final da Baixa Idade Média (século XIV) o enfraquecimento do feudalismo permitiu a progressiva retomada do poder público pelo príncipe, que se aproveitou do aparato conceitual recuperado do direito romano para promover uma despersonalização dos poderes exercidos pelos senhores locais, e a sua paulatina transferência ao poder central – na qualidade de responsável por garantir a felicidade coletiva (RENAUT, 2007:20).

Assim com os conceitos de *utilitas publica* e *necessitas*, dos quais decorre a idéia de *benefício comum* que constitui o fundamento e o limite das prerrogativas reais. O condicionamento do poder real ao benefício comum faz com que o seu exercício deixe de ser visto como prerrogativa pessoal de seu titular e passe a estar juridicamente condicionado à satisfação do interesse geral do grupo. A satisfação do bem comum se torna, então, o fundamento jurídico do exercício do poder legislativo e regulamentar pelos governantes, legitimando-o ao mesmo tempo em que o limita, ao permitir a supremacia da ação do administrador em relação ao interesse privado, e tornar possível a insurgência dos governados em face da norma sempre que o requisito da utilidade pública não se verificasse no caso concreto (MESTRE, 1985:99). A *necessitas*, por sua vez, reforça a noção de *utilitas publica*, justificando certos atos praticados pelas autoridades, e permitindo que o poder público violasse as condições de exercício de suas prerrogativas, com fundamento no adágio de que *necessitas non habet legem* – “a necessidade não conhece a lei” (MESTRE, 1985:104).

Outro elemento recuperado do direito romano é o instituto da *universitas*, com o qual se designam coletividades cuja ação pode ser perfeitamente distinguida da ação de cada um dos seus membros, dotando-se-as de personalidade própria. Assim se compreende melhor o estatuto jurídico das comunas. Ao mesmo tempo, com o conceito de *fiscus* se concede às *universitates* os meios materiais para que giram os seus próprios negócios, o que permite o início de uma distinção teórica entre o domínio público e o domínio privado (MESTRE, 1985:106).

Simultaneamente às inovações teóricas, ocorrem também importantes transformações no aparelho de Estado; a despersonalização do poder promove uma diferenciação entre as funções domésticas e as funções políticas da Casa do Rei, que

passa a contar com técnicos e instituições especializadas em cada uma das funções exercidas pela *Curia Regis*: o *Conselho do Rei*, com a função de aconselhamento político, administrativo, financeiro e judiciário; o *Parlamento*, com as funções de julgamento, elaboração das ordenações reais e polícia, atuando como jurisdição autônoma no exercício de autoridade própria delegada pelo Rei; e a *Câmara de Contas*, com as funções de caráter financeiro de velar pela boa gestão do domínio e pela conservação do tesouro real.

Cria-se, em suma, um aparelho administrativo com o objetivo de garantir ao governo central o controle sobre o território, a comunicação com os súditos e o domínio das rendas dominiais e fiscais; oficiais de justiça (*baillis*) e senescais (*sénéchaux*) se tornam os principais delegatários do poder real, executando simultaneamente funções administrativas e judicantes como herdeiros de uma ancestral função pública territorial (RÉNAUT, 2007:27).

Percebe-se, então, que em torno de 1500 os entes políticos começam a assumir uma enorme quantidade de tarefas administrativas, exercendo-as de modo permanente e especializado – função que na fase precedente apenas haviam desempenhado de forma reduzida e ocasional. Isso não permite, contudo, atribuir a esse Estado uma função administrativa similar àquela desempenhada pelo Estado moderno.

Em primeiro lugar, como explicam Mannori e Sordi (2006:18), porque o Estado que assume essas funções jamais se apresenta como sujeito unitário, sendo composto por um conglomerado de outros sujeitos, unidos entre si e ao príncipe soberano através de uma espessa malha de vínculos para-contratuais. O Estado Jurisdicional continua sendo visto, mesmo nessa fase, como uma agregação federativa, composta por uma pluralidade de organismos diversos que não derivam sua identidade institucional de um ato criativo central, mas de sua própria auto-organização tradicional. E são esses organismos que continuam a satisfazer às necessidades cotidianas dos governados.

Por outro lado, porque essa organização institucional de natureza composta é reflexo fiel de uma teoria política que continua a representar a ordem social como uma pirâmide de *societates* autônomas e sobrepostas. Nas palavras dos autores (2006:20 – *grifos no original*):

Insomma: il primo carattere dell'amministrazione nella fase della sua preistoria è di non essere *una*, ma *tante* quanti sono i centri d'imputazione degli interessi collettivi presenti all'interno dello spazio statale. Centri che a loro volta non

esistono in forza di un *fiat* del potere centrale ma in virtù di un loro diritto originario³³.

O ordenamento jurídico-político pré-moderno se caracteriza, então, por se encontrar a meio caminho entre o mundo corporativo e fragmentário da sociedade medieval e a ordem política moderna, dominada pela supremacia do poder central. Ambos os mundos coexistem, reciprocamente integrados, mas realizando suas atividades a partir de estatutos jurídicos claramente diversos – um, de caráter consensualístico, e o outro, de caráter autoritário. A administração dos corpos era concebida como auto-administração, atribuída aos seus próprios membros e fundada sobre uma equiparação recíproca, de caráter quase doméstico; a do príncipe, por sua vez, se declarava abertamente como hetero-administração, não baseada sobre uma relação associativa entre iguais, mas sobre uma relação de disparidade originária entre soberano e súdito. Apenas o príncipe pode constranger os súditos a fazer algo contra a sua vontade; por mais amplos que fossem os poderes dos corpos intermédios, não compreendiam o poder coercitivo, já considerado prerrogativa típica do poder supremo.

Até o final do medievo o direito havia sido diametralmente contrário à distinção de estatutos, no sentido de que qualquer ordenamento, independente de suas dimensões e características, era investido a título originário de uma certa cota de autoridade política, que compreendia poderes coercitivos, normativos, judicantes, punitivos, impositivos, etc. – a *iurisdictio*.

O processo de gênese do Estado moderno coincide em grande parte com a progressiva afirmação do príncipe como único distribuidor da *iurisdictio* no interior do espaço político. É claro que isso não significa monopólio; afinal, a atribuição ao príncipe da titularidade originária da *iurisdictio* não é incompatível com o seu direito de aliená-la a quem desejar, e nem mesmo com o direito dos súditos de adquiri-la por prescrição – o que torna a sua dispersão social um dos traços mais característicos do Estado de corpos (MANNORI E SORDI, 2006:22).

Com o fim do medievo, porém, a jurisdição assume um caráter necessariamente derivado, o que significa que, por presunção geral, as organizações dos governados não

³³ “Em suma: a principal característica da administração na fase da sua pré-história é o fato de não ser *uma*, mas *tantas* quantas são os centros de imputação dos interesses coletivos presentes no interior do espaço estatal. Centros que, por sua vez, não existem por força de um *fiat* do poder central, mas em virtude de um direito originário” (tradução livre, grifos no original).

são consideradas titulares de nenhum direito propriamente potestativo. O desenvolvimento das teorias da personalidade moral, fundamentado na noção romana de *universitas*, permite que a partir do século XIV as comunidades intermédias recebam do príncipe aquelas atividades que também podem ser realizadas por indivíduos, de administração de bens e obrigações. Trata-se, porém, de um gênero de atividades que não incide sobre os direitos dos membros do corpo enquanto indivíduos, de modo que não há contradição entre o exercício dessas prerrogativas e a reserva da *iurisdictio* em favor do príncipe ou da cidade dominante.

Não obstante, ao lado desse tipo de atividade os corpos também aparecem empenhados no desenvolvimento de funções de caráter regulativo, cuja justificação jurídica se torna um pouco mais difícil, já que as comunidades de súditos não detinham poderes de supremacia. Desenvolve-se assim, no século XV, a teoria segundo a qual cada grupo social seria, por natureza, legitimado a criar para si todas as regras necessárias à própria vida coletiva, ainda que o fundamento desse poder não pudesse ser o mesmo atribuído ao poder legislativo do príncipe ou do poder regulamentar exercido por seus magistrados.

Destituídas de *iurisdictio*, as comunidades intermédias não possuíam qualquer título para impor o seu querer a ninguém, mesmo que seu próprio membro. A vinculação de suas normas acaba sendo reconduzida a uma obrigação mútua livremente assumida pelos membros do grupo, fundamentando-se em um estatuto afim àqueles das relações privadas intersubjetivas. Com isso, essas comunidades apenas podem ter suas pretensões satisfeitas pela mediação judiciária, o que distingue fortemente a sua atuação “administrativa” da atuação administrativa característica do Estado contemporâneo. Como explicam Mannori e Sordi:

Con tutto ciò, comunque, i corpi intermedi risultavano sprovvisti di quella capacità di realizzare le loro pretese al di fuori della mediazione giudiziaria che sarà invece lo specifico dell'amministrazione 'pubblica' contemporanea. Benché talvolta privilegiati in ragione degli interessi collettivi di cui erano portatori, essi non potevano che rivolgersi al giudice per veder soddisfatti i rispettivi diritti quando qualcuno non intendesse riconoscerli spontaneamente. Il che li poneva sullo stesso piano dei soggetti di diritto comune, sprovvisti di potestà imperativa propria (MANNORI E SORDI, 2006:30)³⁴.

³⁴ “Com tudo isso, de qualquer modo, os corpos intermédios acabavam desprovidos daquela capacidade de realizar as suas pretensões fora da mediação judiciária, o que será, pelo contrário, o específico da administração ‘pública’ contemporânea. Ainda que às vezes privilegiados em razão dos interesses coletivos de que eram portadores, não tinham escolha além de recorrer ao juiz para verem satisfeitos os seus direitos

O mesmo ocorre com a auto-administração fiscal do príncipe, que se desenvolve, no período, em modalidades análogas às de qualquer outra administração patrimonial. O príncipe administra os seus próprios bens como qualquer súdito, o que significa que, para proteger os seus direitos em face de um particular que resistisse às suas pretensões, era obrigado a recorrer aos tribunais por ele instituídos.

Conclui-se, assim, que não existe, no âmbito da auto-administração dos poderes locais e do príncipe sobre seu próprio patrimônio, *administração*, no sentido estrito da palavra. Todas as atividades de proteção dos direitos específicos pertencentes a essas coletividades políticas e ao poder central são realizadas por intermédio do poder judiciário, ainda que lhes seja atribuída uma série de privilégios em suas relações com os particulares. Nas palavras de Mannori e Sordi:

A conclusione di questo primo tratto del nostro percorso, abbiamo dunque constatato come una parte notevole della cura degli interessi collettivi si svolgesse, nello Stato premoderno, secondo uno statuto legale non categorialmente distinto rispetto a quello che regolava le relazioni tra privati. Si trattava, certo, di uno statuto tutt'altro che paritetico. Tanto le amministrazioni corporative quanto quella fiscale usavano di un diritto punteggiato da forti elementi di specialità, che squilibrava manifestamente il rapporto a favore della parte pubblica. È altrettanto chiaro, però, che a quel rapporto restava estranea l'idea del comando e dell'obbedienza.

[...]

A separare l'amministrazione autoritativa d'antico regime da quella contemporanea resta [...] uno iato insuperabile: costituito dal fatto che la prima non era concettualmente incorporabile dalla giustizia – o meglio, era essa stessa giustizia nella propria essenza (MANNORI E SORDI, 2006:34-35)³⁵.

A situação não era diversa, no medievo, quanto ao exercício do poder político pelo príncipe sobre os administrados. Excluída a esfera do governo externo (guerra e relações internacionais, indicadas sob o nome de *gubernaculum*), que se submetia às prescrições de simples *prudentia* ou do *ius gentium*, todas as formas de exercício de

respectivos, quando alguém não pretendesse reconhecê-los espontaneamente. O que lhes colocava sobre o mesmo plano dos sujeitos de direito comum, desprovidos de poder imperativo próprio” (*tradução livre*).

³⁵ “Em conclusão a esta primeira etapa de nosso percurso constatamos, portanto, que uma parte notável do cuidado dos interesses coletivos se desenvolvia, no Estado pré-moderno, segundo um estatuto legal não categorialmente distinto em relação àquele que regulava as relações entre os particulares. Tratava-se, certo, de um estatuto nada paritário. Tanto as administrações corporativas quanto a fiscal se utilizavam de um direito pontuado por fortes elementos de especialidade, que desequilibrava manifestamente a relação a favor da parte pública. É claro, porém, que permanecia estranha àquela relação a idéia de comando de obediência.

[...]

A separar a administração autoritativa de antigo regime daquela contemporânea resta [...] um hiato insuperável: constituído do fato de que a primeira não era conceitualmente separável da justiça – ou melhor, era a justiça em sua própria essência” (*tradução livre*).

autoridade interna eram percebidas como pertencentes ao espaço unitário e homogêneo da *iurisdictio*. O titular do poder é percebido como garante de uma ordem jurídica preexistente, jamais como seu criador (MANNORI E SORDI, 2006:37). E toda a autoridade pública é compreendida como manifestação da proteção conservadora dessa ordem jurídica objetiva, de modo a se assegurar um equilíbrio harmônico entre as várias partes constitutivas do ordenamento.

A partir do século XVI, porém, duas características passam a distinguir o príncipe dos demais personagens da teoria política européia: a primeira é a sua afirmação como ponto de origem de todos os poderes existentes no interior do espaço político, de modo que qualquer autoridade pública só pode ser concebida como tal conforme derive, ao menos indiretamente, de sua investidura; a segunda consiste em sua capacidade de derrogar o direito objetivo através de livres manifestações de vontade, atípicas e não controláveis.

É claro que essa já é uma prerrogativa do príncipe desde o período medieval; mas lá a atividade legislativa consistia muito mais em um processo receptivo de regras já inscritas na ordem natural, o que tendia a reduzir a distância entre lei e sentença, e a promover uma reabsorção da autoridade do príncipe no interior da *iurisdictio*. No século XVI há uma tendência de inversão dessa relação entre o soberano e o direito, que enfatiza a liberdade de querer do príncipe e o coloca explicitamente acima do universo normativo. Com isso se promove a *potesta principis* ao desempenho de uma função que o termo *iurisdictio* já não é capaz de subsumir, mas que tampouco se confunde, ainda, com o contemporâneo poder administrativo.

Em primeiro lugar, como explica Sordi (2006:42), porque o poder conferido à administração moderna se configura como instrumento para a realização dos seus próprios interesses, enquanto o monarca recorria ao seu *imperium absolutum* principalmente para satisfazer os pedidos dos súditos que a ele se voltavam quando o sistema jurídico não era capaz de atender às suas expectativas legítimas – ou seja, como manifestação da justiça distributiva da graça.

E, em segundo lugar, pela diversa colocação institucional: diversamente da administração moderna, que reveste de caráter imperativo os atos praticados inclusive pelos aparatos subordinados, no antigo regime essa capacidade de modificar os direitos dos súditos constituía uma peculiaridade de natureza constitucional, o que significa que

somente o sujeito no ápice do ordenamento era investido desse poder, e que a sua delegação no interior do Estado era inconcebível com a alienação da soberania.

Logo, a estrutura de ofícios organizada sob o poder soberano apenas podia se mover sob uma lógica de tipo judicial, não se lhe reconhecendo uma identidade jurídica autônoma em relação à figura do rei, e afirmando-se-a como parte constitutiva de seu corpo ideal. Se a doutrina jurídica do século XVI descobre o *imperium* como atividade distinta da atividade de julgar, o poder de julgar continua sendo o que realmente importa; essa situação persistirá enquanto o ordenamento político conservar a estrutura de um consórcio de classes, comunidades territoriais, províncias autônomas e corporações que pedem ao soberano, acima de tudo, apenas que sejam mantidas no estado em que se encontram – ou seja, na titularidade de seus direitos historicamente adquiridos diante de possíveis atentados por seus vizinhos (MANNORI, 1990: 375).

Desse modo, o *imperium* dos magistrados delegados é sempre pensado como funcional à administração da justiça, concebida como tutela de uma ordem jurídica indisponível. Não obstante, no curso do século XVI a expansão das atividades públicas mostra aos juristas que as tarefas do aparato público eram bem mais vastas, e os teóricos do direito franceses e alemães se dão conta de que os magistrados também exerciam atribuições relativas às finanças e à polícia do reino. Transformam-se, assim, de simples garantes de um direito já dado em atores de um primeiro programa de governo da sociedade, funcional ao alcance de certos objetivos de interesse público. Ainda assim, por muito tempo esse alargamento da atividade pública é concebido simplesmente como dilatação dos confins da atividade judiciária, não se reconhecendo o surgimento de um novo tipo de função, de caráter executivo. Esclarecem Mannori e Sordi (2006:55 – *grifos no original*):

Ecco che la progressiva apparizione di quelle lunghe liste di doveri ‘pubblici’, così caratteristiche della politica assolutista, per molto tempo non determinò altro che un espandersi della tradizionale attività giurisdizionale. Alla crescita dei *compiti* pubblici (cioè dei *fini* dello Stato) non fece riscontro la nascita di nuove pubbliche *funzioni* (cioè di nuove modalità giuridiche di esercizio del potere). La stessa riclassificazione dell’attività pubblica secondo categorie quali giustizia-finanza-polizia ebbe un valore *materiale* ma non *funzionale*. Tracciando sistemazioni di questo tipo i giuristi presero semplicemente atto di come, accanto a una più antica attività giurisdizionale finalizzata alla soddisfazione di interesse privati, se ne fosse sviluppata anche un’altra diretta alla soddisfazione di interessi pubblico-

collettivi: senza che però l'una e l'altra rinviassero a statuti operativi apprezzabilmente diversi³⁶.

Essa situação faz com que o núcleo central dos aparatos políticos pré-modernos permaneça, mesmo depois das transformações ocorridas no século XVI, composto por juízes. E isso só é possível porque a função judiciária pré-iluminista é centrada na capacidade do magistrado de não somente *ius dicere*, mas também *aequitatem statuere* – o que o torna habilitado a assumir decisões mais ligadas a valorações de oportunidade do que à aplicação de normas formais preexistentes.

Até o final da idade média a cultura jurídica continuou a considerar que todo o poder dos magistrados se fundasse em um mesmo princípio: a idéia de que o elemento que vincula o sujeito destinatário da ordem não é o simples comando do superior, mas a norma objetiva que se manifesta como seu conteúdo. Por esse motivo, a execução de qualquer ordem deveria ser precedida da oportunidade concedida ao seu destinatário de demonstrar que o sacrifício pedido não era obrigatório. Daí a necessidade de que o acerto da norma e de sua correspondência ao caso concreto exigisse a presença do interessado, não só para que pudesse verificar a sua efetiva conformidade ao direito, mas também para que fornecesse sua própria interpretação do direito, participando de sua concreção. Sintetizam Mannori e Sordi (2006:65):

Insomma: il rispetto dell'“ordo iudiciorum” - ovvero delle forme essenziali del processo - era ciò che permetteva alla pronuncia del magistrato di presentarsi come una dichiarazione autentica del diritto nel caso concreto; e a sua volta questo era ciò che conferiva a quell'atto una piena efficacia imperativa. Potere di giudicare e potere di comandare erano perciò avvinti in un viluppo strettissimo - meglio ancora, erano due elementi complementari di un modulo unitario di potere³⁷.

³⁶ “Eis que a progressiva aparição daquelas longas listas de deveres ‘públicos’, tão características da política absolutista, por muito tempo não determinou nada além de uma expansão da tradicional atividade jurisdicional. Ao crescimento das *tarefas* públicas (isto é, dos *fins* do Estado) não correspondeu o nascimento de novas *funções* públicas (isto é, de novas modalidades jurídicas de exercício do poder). A própria reclassificação da atividade pública segundo categorias como justiça-finanças-polícia teve um valor *material*, mas não *funcional*. Traçando sistematizações desse tipo, os juristas somente se deram conta de como, ao lado de uma atividade jurisdicional mais antiga e destinada à satisfação de interesses privados se desenvolve também uma outra, direcionada à satisfação de interesses públicos e coletivos: sem, porém, que uma e outra conduzissem a estatutos operativos diversos” (*tradução livre* – grifos no original).

³⁷ “Em suma: o respeito do ‘ordo iudiciorum’ – ou mesmo das formas essenciais do processo – era o que permitia que a pronúncia do magistrado se apresentasse como uma declaração autêntica do direito no caso concreto; e por sua vez era isto o que conferia àquele ato uma plena eficácia imperativa. Poder de julgar e poder de comandar eram, poranto, ligados em uma relação estreitíssima – melhor ainda, eram dois elementos complementares de um módulo unitário de poder” (*tradução livre*).

Os autores não pretendem afirmar que os teóricos do direito não compreendessem a distinção conceitual entre *imperium* e *iurisdictio*; o que a consciência jurídica do antigo regime não admitia era um divórcio *concreto* entre poder imperativo e capacidade judicante. Assim, para salvar a sua própria legitimidade o *imperium* do magistrado era obrigado a desempenhar um papel subsidiário em relação ao momento jurisdicional, revestindo-se, em todas as suas manifestações, das figuras, esquemas e linguagens do processo judicial. Em uma sociedade pluralista como a medieval, que não enxergava o poder público como produtor ativo de utilidades, mas apenas como produtor de decisões, faz sentido que também a atividade destinada à satisfação de interesses coletivos assumia natureza contenciosa. É evidente que isso não significa que para cada ato materialmente “administrativo” fosse necessário instaurar um novo processo judicial; bastava o respeito passivo às liberdades, status e privilégios, deixando-se a possibilidade de recurso judicial a quem se insurgisse contra as medidas adotadas pelo governo.

Verifica-se, portanto, que no mundo conceitual do Estado pré-moderno não existia nada parecido com o direito administrativo contemporâneo; administrava-se, mas segundo uma lógica que prescindia da construção de um direito específico e unitário destinado a regular a ação administrativa. Não há diferença de estatuto entre a atividade administrativa e a atividade judicante, o que faz com que toda aquela atividade que então já se percebia como *materialmente* administrativa não seja organizada de modo específico e autônomo, mas deva se submeter ao esquema tradicional de exercício judicial e respeito à ordem jurídica objetiva.

E nem poderia ser diferente. A ausência de uma verdadeira burocracia executiva estatal faz com que a área a ser ocupada pelo direito administrativo seja fracionada em uma pluralidade de estatutos jurídicos desiguais, como desiguais eram os sujeitos a quem se atribuía a função de cuidar do interesse coletivo. De um lado aqueles mais próximos da “sociedade civil” não dispunham de poderes de supremacia, operando segundo um estatuto para-privatístico; de outro, aqueles pertencentes ao corpo do Estado e detentores de poder público apenas poderiam manifestá-lo sob a forma judiciária (MANNORI E SORDI, 2006:71).

A Europa se encontra, então, já no início da idade moderna, diante de aparatos estatais que administram, tendo conquistado para si certo grau de especialização

material; mas essa atividade ainda não detém autonomia em relação ao exercício da jurisdição, constituindo-se como jurisdição em sua essência. Caracteriza-se, assim, pela continuidade de uma prática de governo que tende a conceber o poder antes de tudo como instrumento para a conservação de uma ordem já dada, e não como instrumento de intervenção ativa e transformação da vida social:

La straordinaria longevità del modello giurisdizionale fa tutt'uno con il permanere di un sistema istituzionale che non deriva la propria giuridica esistenza da un atto di posizione dello Stato, ma che esiste prima e indipendentemente da esso. In un tale contesto la missione primaria del potere politico è necessariamente quella di riconoscere e garantire un equilibrio iscritto nella natura delle cose. Il primato della giurisdizione è quindi l'indispensabile corollario di una costruzione dello spazio politico nella quale le comunità con raggio più stretto costituiscono (e sono percepite come) un *prius* rispetto a quelle con raggio più ampio: e ciò tanto in senso logico che storico. (MANNORI E SORDI, 2006:75)³⁸.

Somente ao final do século XVIII o poder perderá essa característica justicial, desenvolvendo-se em novas formas de manifestação demandadas por uma sociedade atomizada e que dependia de uma intervenção estatal ativa. Mas isso não quer dizer que o próprio Estado Jurisdicional não estivesse, aos poucos, se adaptando aos crescentes desafios que lhe eram postos durante o desenvolvimento da modernidade. Esse modelo de organização política é dotado de notável flexibilidade, e perfeitamente compatível com sistemas de domínios vastos e voltados à regulação social.

Vige na Europa, até o século XVI, uma tecnologia de poder organizada de acordo com um modelo jurídico, baseada em uma relação entre sujeitos de direito. Essa relação jurídica formava-se no equilíbrio de um jogo complexo entre direitos originários e privilégios ancestrais conquistados por cada grupo, que conferiam às suas ações uma legitimidade fundamental. O discurso e a técnica do direito funcionavam, nesse contexto, de modo a dissolver o fato da dominação, fazendo aparecer em seu lugar os direitos legítimos da soberania e a obrigação legal da obediência dos súditos – estabelecendo uma relação política de sujeito para sujeito, fundamentando a unidade do

³⁸ “A extraordinária longevidade do modelo jurisdicional caminha de mãos dadas com a permanência de um sistema institucional que não deriva sua própria existência jurídica de um ato de imposição do Estado, mas que existe antes e independentemente dele. Em um tal contexto a missão primária do poder político é necessariamente aquela de reconhecer e garantir um equilíbrio inscrito na natureza das coisas. O primado da jurisdição é, assim, o corolário indispensável de uma construção do espaço político na qual as comunidades de raio mais estreito constituem (e são percebidas como) um *prius* em relação àquelas com raio mais amplo: e isso tanto em sentido lógico quanto histórico” (*tradução livre*).

poder na figura do rei, e demonstrando como um poder pode se constituir de acordo com uma legitimidade fundamental superior a todas as leis (FOUCAULT, 2000:50).

Trata-se de um dispositivo de poder que funciona segundo o binômio jurídico ‘proibido x permitido’, cominando, pelo descumprimento da regra legal, uma sanção repressora que se exercia diretamente sobre o corpo dos súditos. Em um regime político cujo suporte eram essencialmente os direitos legítimos do rei, a atrocidade de um crime era também a violência do desafio lançado ao soberano, que devia provocar uma réplica capaz de a vencer por um excesso que a anulasse (FOUCAULT, 2002:48). De modo que, ao fazer do corpo do condenado o local de aplicação da vingança do rei, a punição pelo espetáculo público do suplício assegurava a ostentação da verdade e do poder do soberano, afirmando a absoluta dissimetria das forças em conflito. Nas palavras de Foucault (2000:43), a teoria da soberania é “*o que permite fundamentar o poder absoluto no dispêndio absoluto do poder*”.

Essa tecnologia de poder é correlativa de um determinado regime de produção. A riqueza dos séculos XVI e XVII era essencialmente constituída por grandes extensões de terras, espécies monetárias e letras de câmbio passíveis de troca (FOUCAULT, 2002:100), de modo que era possível o controle dessas riquezas sob a forma menos sofisticada da *apropriação*. Assim, a ação meramente interditória/repressora sobre as condutas, a simples apropriação das riquezas (geralmente sob a forma do acúmulo de metais e entesouramento) e o exercício direto do poder soberano sobre o corpo dos súditos e o território eram já suficientes para garantir a sua segurança.

A teoria da soberania é vinculada a uma forma de poder que se exerce sobre a terra e os produtos da terra, e diz respeito à apropriação pelo poder dos bens e da riqueza, permitindo transcrever em termos jurídicos obrigações descontínuas e crônicas de tributos e fundamentando o poder na existência física do soberano (FOUCAULT, 2000:43). Desempenhando as funções de assenhoreamento da produção e controle sobre um território, a tecnologia de poder soberana constituía o rei como detentor de uma série de direitos fiscais que lhe asseguravam o recebimento de parcela substancial da produção e a obediência de seus súditos, garantindo o seu domínio sobre um determinado território (GUANDALINI JR., 2008:28).

Confiando no binômio ‘previsão legislativa x sanção jurisdicional’ o Estado Jurisdicional se torna capaz de gerir, teoricamente, qualquer tipo de política, adequando

os comportamentos dos súditos às mais díspares prescrições de governo. Não obstante, a versatilidade da técnica jurisdicional encontra uma série de limites estruturais que reduzem a sua capacidade de ação: a necessidade de procedimento formalizado para o estabelecimento do comando; a limitação da atividade governamental à mera restauração da ordem violada, sem que se possa evitar o acontecimento do evento; e sobretudo o *ethos* de independência e imparcialidade existente no interior do corpo judiciário, o que os tornava maus transmissores de decisões (MANNORI E SORDI, 2006:76).

Enquanto durou a sociedade feudal, os problemas de que tratava a teoria da soberania cobriam efetivamente a mecânica geral do poder e o modo como ele se exercia, que podia ser transcrito, quanto ao essencial, nos termos da relação soberano/súdito. Porém, essa tecnologia de poder, eficaz para reger o corpo econômico e político de uma sociedade baseada na grande propriedade de terras e no entesouramento, mostrou-se inadequada para reger o corpo econômico e político de uma sociedade em vias de explosão demográfica. Conforme aumentam as necessidades de organização dos grupos sociais e de arrecadação de tributos, a velha mecânica do poder soberano passa a se mostrar insuficiente para as novas necessidades de governo. Ocorrem várias acomodações no interior do dispositivo de poder, que tornam mais minuciosa a atividade de governo do soberano sobre os seus súditos.

As limitações do dispositivo de poder soberano e do modelo de governo jurisdicional começam a aparecer com mais força especialmente quando se torna imperativo, no início do século XVII, um aumento na arrecadação de receitas. A profissionalização da guerra e a necessidade de financiamento de um exército profissional permanente (exigidas pelo contexto de concorrência econômica e militar em que viviam os Estados europeus no período) acabam promovendo um fortalecimento da política fiscal, que se defrontava, no Estado Jurisdicional, com duas ordens de problemas: de um lado, uma mentalidade coletiva que enxergava no imposto régio um abuso, em vez de um direito; e por outro lado, um sistema de privilégios que subtraía os planos superiores (e mais abastados) da pirâmide social ao dever de contribuição fiscal, aumentando a pressão sobre os mais pobres.

Desse modo, a partir do final do medievo os Estados europeus³⁹ passam a ter de enfrentar o duplo problema de aumentar a capacidade coercitiva de seus aparatos e recuperar o consenso entre os súditos, com uma técnica judiciária que então já se mostrava incapaz para o tamanho da tarefa. Daí a necessidade de desenvolvimento de novos estatutos operativos, mais rápidos e diretos, e que sejam capazes não só de reprimir, mas também de prevenir a ocorrência de conflitos por meio de uma vigilância constante sobre a vida social.

Diante de tais exigências, em vez de criar novos ofícios destinados a perpetuar o vício dos antigos, os governantes tendem a dar cada vez mais preferência a homens de sua própria confiança, encarregando-os pessoalmente da realização de determinadas tarefas, em paralelo ou até em substituição à atuação dos magistrados (MANNORI E SORDI, 2006:99). Trata-se de uma técnica elementar, cujo estatuto jurídico é irrefutável: assim como se assegurava ao soberano o direito de deslocar para fora de si a autoridade com a instituição de um ofício, também pode o governante decidir exercitá-la por si mesmo, seja pessoalmente, seja através de emissários destinados a agir imediatamente em seu próprio nome.

Assim, conforme o aumento das tarefas públicas expõe as carências das magistraturas tradicionais, a paisagem institucional vai sendo tomada por visitantes e comissários extraordinários, que percorrem o Estado em nome do príncipe e desempenhando as mais variadas funções.

Com essa técnica se cria, nos Estados europeus dos séculos XVII e XVIII, um aparato público paralelo, ao qual se atribuem competências que as velhas magistraturas já não absorviam adequadamente. Nasce o modelo político denominado *Monarquia Administrativa*, que Mannori e Sordi (2006:100) definem da seguinte forma:

Una forma di Stato propria dell'assolutismo maturo, caratterizzata dallo sdoppiamento delle burocrazie pubbliche in due tronconi contrapposti, l'uno dei quali erede diretto della tradizione medievale e destinato a conservare in proprio la cura della giustizia, l'altro invece chiamato a svolgere, sotto una più stretta

³⁹ Deve-se ressaltar, como ressaltam Mannori e Sordi (2006:79), que essa necessidade de reorientação administrativa não se fez sentir com a mesma urgência e intensidade em todos os Estados europeus. Vários fatores condicionam o modo como ela se manifesta, o que torna impossível a afirmação de um modelo europeu unitário de desenvolvimento do Estado Administrativo. Não obstante, uma vez que a presente pesquisa não tem por objetivo compreender as minúcias e especificidades do desenvolvimento do direito administrativo no continente europeu, tomando o estudo de tais questões apenas como pano de fundo contra o qual apresentar as características específicas do caso brasileiro, serão generalizadas algumas das conclusões aplicáveis especialmente ao caso francês, tomado como paradigma do modo como se forma o direito administrativo no velho mundo.

direzione centrale, i compiti maggiormente correlati con la politica fiscal-militare del sovrano⁴⁰.

Verifica-se, assim, que as necessidades de aumento da arrecadação típicas do Estado Jurisdicional acabam dando origem a um novo aparato de governo, distinto, em sua essência, do tipo de governo por jurisdição até então predominante, e caracterizado pela possibilidade de representação imediata do poder real no desempenho de tarefas relacionadas à política fiscal e militar. É claro que isso não significa dizer que já nos encontrássemos, no século XVII, diante de um modelo de administração pública de tipo moderno (que apenas começará a aparecer no final do século XVIII). Até o fim do antigo regime a relação entre as diferentes burocracias públicas não se dá nos termos da contraposição moderna entre quem ‘governa’ e quem ‘administra’, definindo-se segundo o modelo mais tradicionais da *iurisdictio*, o que assegura uma continuidade em relação à velha lógica de organização dos poderes como poder de decisão, representação da soberania e conservação da ordem jurídica preexistente.

A dualidade existente no interior do corpo burocrático estatal é especialmente proeminente no aparelho de Estado francês reorganizado no início do século XVII. A França que sai das guerras de religião, pacificada pelos Bourbon, exibe um crescimento demográfico, uma estabilidade política e um desenvolvimento territorial que permitem que se candidate ao posto de Estado-líder do ocidente. No entanto, não dispondo de um império colonial como a Espanha, é obrigada a contar com suas próprias riquezas para financiar os custos cada vez maiores da política de beligerência contínua que caracteriza o contexto de disputa internacional dos séculos XVII e XVIII. Daí a centralidade assumida pela questão fiscal no contexto da monarquia administrativa francesa.

Desde o século XVI se constrói uma imponente estrutura administrativa que visa reforçar o pagamento de tributos pelos súditos; vista do exterior essa estrutura constituía um eficiente aparelho de arrecadação e controle pelo poder central. No entanto, ainda se organizava com base nos privilégios concedidos à nobreza titular de ofícios patrimonializados, que tendia a vê-los mais como instrumentos de proteção da

⁴⁰ “Uma forma de Estado própria do absolutismo maduro, caracterizada pelo desdobramento das burocracias públicas em dois ramos contrapostos, um dos quais herdeiro direto da tradição medieval e destinado a conservar em si a justiça, e o outro chamado a desenvolver, sob uma direção central mais estreita, as tarefas correlatas à política fiscal-militar do soberano” (*tradução livre*).

própria casa, cidade ou clientela, do que como instrumento de arrecadação de recursos para o príncipe. Embora se mantivesse fiel ao rei como instituição simbólica, a nobreza dos ofícios não se sentia parte da máquina estatal, o que torna a torna cada vez mais inadequada a assumir o papel de intérprete das políticas promovidas pelo monarca; essa situação explica o recurso cada vez mais assíduo, por parte do rei, a “comissários de corte” para o desempenho das atividades até então realizadas pelas burocracias tradicionais (MANNORI E SORDI, 2006:104). Entre o final do século XVI e o início do novo século se assiste a um forte incremento no uso das comissões especiais, que assumem uma grande variedade de formas (dos *maîtres des requêtes* aos *intendentes*) até que se promova, no século XVII, uma normalização das comissões afirmadas como campo de decisões autônomo em relação àquele das magistraturas:

All'alba del Seicento già si possono cogliere, dunque, le linee del quadro istituzionale destinato a precisarsi nel corso del secolo. Alla crescente indisciplina delle giurisdizioni delegate si risponde con la 'normalizzazione' delle comissioni, che si trasformano in incarichi a tempo indeterminato dalla latitudine molto ampia, inserite in un circuito decisionale del tutto autonomo rispetto a quello magistratuale in quanto facente capo soltanto al Consiglio (ovvero, sul piano giuridico, alla persona del principe) (MANNORI E SORDI, 2006:105)⁴¹.

Com o início da hegemonia de Richelieu (1624) a França se envolve na disputa internacional em um grau até então desconhecido. A participação na Guerra dos Trinta Anos aumenta vertiginosamente as necessidades do Tesouro, o que dá origem a uma série de revoltas populares fomentadas pela nobreza. Nessas condições, as carências da magistratura financeira começam a ser percebidas como grave perigo para a segurança do Estado. A partir de 1634 o governo decide retirar a coleta de impostos da responsabilidade dos oficiais ordinários, confiando a tarefa a comissários do rei, enviados regularmente às províncias com o título de *Intendentes de Justiça, Polícia e Finanças*. Em poucos decênios o intendente viria a esvaziar os velhos aparatos da maior parte de seus poderes, e os corpos extra-estatais de todas as suas antigas autonomias.

⁴¹ “No amanhecer do século XVII já se podem perceber, portanto, as linhas do quadro institucional destinado a se aperfeiçoar no curso do século. À crescente indisciplina das jurisdições delegadas se responde com a ‘normalização’ das comissões, que se transformam em encargos por tempo indeterminado e de latitude muito ampla, inseridas em um circuito decisional completamente autônomo em relação àquele das magistraturas, na medida em que se submetia somente ao Conselho (ou melhor, sob o plano jurídico, à pessoa do príncipe)” (tradução livre).

Essas transformações apresentam aspectos inéditos em relação às práticas administrativas do período anterior. Em primeiro lugar, porque consolidam um aparato comissarial de caráter permanente, distribuído mais ou menos uniformemente sobre todo o território do Estado. Além disso, trata-se de comissões de caráter geral, sendo o intendente chamado a se ocupar não só de finanças, mas também de justiça e polícia – o que ressalta o forte vínculo existente entre a questão da arrecadação e os demais aspectos do governo dos homens (MANNORI E SORDI, 2006:109). Outra característica relevante é o fato de que todas essas atribuições estão concentradas em somente uma pessoa, representante da burocracia da corte e desvinculada da malha complexa de interesses e clientelas que caracterizava a vida da província – logo, apta a exercer sua autoridade com muito mais eficiência que qualquer titular de ofício. Por fim, produz o primeiro embrião de uma estrutura empregatícia de tipo moderno.

Desse modo a monarquia francesa consegue subordinar a sociedade corporativa ao seu governo em uma medida até então desconhecida. Ao mesmo tempo, atinge gravemente o velho aparato, atribuindo aos seus agentes imediatos uma atividade que o corpo de magistrados se revelara incapaz de executar, e que veio a adquirir um peso decisivo na nova redistribuição de poderes.

Apesar de tantas transformações, a nova máquina de governo tem somente uma remota semelhança com a futura administração executiva do século XIX. Afinal, os comissários são recrutados no seio dos próprios oficiais, o que faz com que as duas classes distintas de burocratas sejam provenientes do mesmo ambiente sócio-profissional. Além disso, não se reconhece um dualismo entre justiça e administração, o que faz com que a atividade realizada pelos comissários seja percebida apenas como espécie da ação jurisdicional dos oficiais.

Mannori e Sordi ressaltam que essa percepção não deve ser compreendida como resultado de uma suposta incapacidade da doutrina jurídica da época de perceber uma já existente separação entre a atividade administrativa e a atividade jurisdicional. Como explicam os autores, as tarefas realizadas pela administração intendentícia de fato não são similares àquelas desempenhadas pela administração burocrática moderna, pois se manifestam essencialmente como “controle”, e não como intervenção regulatória direta sobre a vida social urbana. Atuavam, assim, como agentes-representantes do poder de

correção do monarca sobre os seus próprios oficiais, o que não modifica a lógica de funcionamento jurisdicional do dispositivo de poder vigente:

Diversamente dalle amministrazioni statali contemporanee, infatti, quella intendenzia trova la sua missione essenziale non nel 'fare' ma nel 'controllare' – e nel controllare in primo luogo quell'apparato di magistrati su cui sino alla fine dell'antico regime continuarono a gravare le principali responsabilità del governo (MANNORI E SORDI, 2006:117)⁴².

Compreende-se que o papel dos intendentes, no período, era somente o de garantir o bom funcionamento do velho aparato de ofícios, respeitando as suas atribuições não apenas no âmbito estritamente judiciário, mas também naquele da regulação social. Que continuava sendo exercitado nos moldes e pelas autoridades do dispositivo de poder soberano – e sempre em seu próprio nome. Desse modo, o desenvolvimento da nova burocracia, mais que consumir a subversão do Estado Jurisdicional, destacou as suas disfunções mais evidentes, atuando como um complemento da velha ordem, e não como uma tentativa de sua negação. O projeto da monarquia administrativa não contemplava a transformação de seus representantes periféricos em soberanos em miniatura, autorizados a ignorar o direito objetivo e a agir com base na razão de Estado de que apenas o monarca era intérprete; pelo contrário, o comissário régio se apresenta como titular do feixe de atribuições administrativas e jurisdicionais característicos de todas as magistraturas do antigo regime. Desse modo, o resultado dessa reorganização de competências não conduz a um divórcio formal entre administração e justiça, mas a uma expansão da área da *justice retenue* (manifestação direta da autoridade do soberano) em determinento da *justice réglée* (delegada aos titulares de ofícios, que a exerciam em nome próprio) – ou seja, apenas continuando a oposição que sempre se manifestou no interior do próprio Estado de Justiça. Concluem Mannori e Sordi:

L'assolutismo si limitò ad adeguare il vecchio ordine cetuale alle impellenti esigenze della guerra moderna, senza proporsi alcun ripensamento radicale di quella costituzione pluralista cui il monarca stesso affidava la propria legittimazione. Di qui, una modernizzazione istituzionale ovunque circoscritta sul piano quantitativo e poco differenziata su quello funzionale, in genere paga di correggere le disfunzioni più evidenti dei vecchi apparati e comunque ancorata (al

⁴² “Diversamente das administrações estatais contemporâneas, de fato, a intendência encontra sua missão essencial não no ‘fazer’, mas no ‘controlar’ – e no controlar em primeiro lugar aquele aparato de magistrados sobre o qual desde o final do antigo regime continuaram a se concentrar as principais responsabilidades do governo” (*tradução livre*).

di là delle più o meno roboanti dichiarazioni d'intenti) a un unico, vero obiettivo: l'aumento del gettito fiscale (2006:128)⁴³.

Na verdade, para encontrarmos modelos de absolutismos que caminhassem em direção a uma inequívoca modernidade administrativa é preciso olhar mais adiante, para os anos imediatamente anteriores à revolução. A administração absolutista ainda se configura como um aparato de finanças, “*destinato a operare nel quadro di un rapporto dualístico tra ‘un sovrano che chiede e una società che dà’*”⁴⁴ (MANNORI E SORDI, 2006:131), ou seja, ainda conforme um regime de poder que visa ao açambarcamento da produção e caracterizado por um governo dos homens que se baseia na relação jurídica de proibição-sanção para conservar passivamente uma ordem político-social preexistente.

Ainda assim, a partir da Guerra dos Trinta Anos começam a se desenvolver práticas de governo qualitativamente e quantitativamente diversas dos meros objetivos de coordenação e arbitragem característicos do Estado de Justiça. Delineia-se uma distinção mais precisa entre direito público e direito privado e cresce o poder regulativo do centro político, que passa a se projetar ativamente em direção à periferia. Trata-se de um terreno que, se ainda não é o da futura administração, tampouco pode ser identificado completamente à velha *iurisdictio*. O vocábulo *polícia* começa a fazer parte do discurso político, que passa a reconhecer como parte de suas atividades a garantia da segurança e do bem-estar da comunidade, além da salvaguarda da harmonia social, por meio de uma intervenção ativa do Estado sobre a vida social.

Fixa-se, assim, um quadro descritivo apto a traduzir o notável aumento das funções disciplinantes, graças a uma análise detalhada daquelas tarefas públicas consideradas indispensáveis à garantia da segurança e do bem-estar da comunidade, e à salvaguarda da harmonia social entre as diversas articulações corporativas da sociedade. A polícia acompanhará as vicissitudes do Estado Fiscal até a sua crise ao final do século XVII,

⁴³ “O absolutismo se limitou a adequar a velha ordem de classes às compelentes exigências da guerra moderna, sem propor um repensamento radical daquela constituição pluralista à qual o próprio monarca confiava a sua legitimação. Daí decorre uma modernização institucional sempre circunscrita ao plano quantitativo e pouco diferenciada no plano funcional, geralmente voltada à correção das disfunções mais evidentes dos velhos aparatos, e de qualquer modo ancorada (para além das declarações de motivos mais ou menos exageradas) em um único objetivo verdadeiro: o aumento da receita fiscal” (*tradução livre*).

⁴⁴ “Destinado a operar no quadro de uma relação dualística entre um soberano que pede e uma sociedade que dá” (*tradução livre*).

registrando as novas potencialidades de intervenção adquiridas pelo poder monárquico com o desenvolvimento da política absolutista.

No entanto, os impulsos disciplinantes terão de se defrontar com a debilidade dos aparatos executivos e a difícil imposição do monopólio da autoridade estatal, sendo incapazes de superar o modelo justicial típico do antigo regime. Assim, continuam se manifestando conforme os esquemas tradicionais da administração indireta, o que faz com que o Estado de Polícia que se forma a partir do século XVIII deva ser interpretado muito mais como uma inflexão do antigo Estado Jurisdicional, que como organização de um aparato administrativo racionalizado pra um Estado de tipo moderno.

3.3 Inflexão do Estado Jurisdicional: o Estado de Polícia e a construção da Administração

O vocábulo “polícia” não é uma criação das monarquias administrativas do século XVII. A sua etimologia é a mesma da palavra “política” (*politia*), que se refere ao regulamento, ao governo e à boa ordem de uma cidade. As palavras chegam a aparecer como sinônimos em certos textos, o que indica a existência de uma relação funcional, durante a antigüidade e o medievo, entre a política e a polícia – concebendo-se a primeira como disciplina teórica e filosófica, enquanto se atribui à polícia uma racionalidade finalista que determina a sua vocação essencialmente instrumental e prática.

A partir do século XIV a expressão passa a designar o estabelecimento da ordem no país em sua integralidade, referindo-se ao controle sobre o domínio real, a moeda, os impostos, a Câmara de Contas, os parlamentos e magistrados, a chancelaria, águas e florestas, exército, etc., e designando a conduta da coisa pública em seu conjunto. A secularização das relações políticas que ocorre após a ruptura do universalismo medieval e com o desenvolvimento das novas tendências individualistas retira a política e a polícia do campo da filosofia moral, conduzindo-as para o campo da doutrina e da ação de governo – um espaço cada vez mais independente dos objetivos da ética. Política e polícia se tornam mais práticas, mas ainda mal se distinguem, configurando uma atividade real de governo e conduta do reino realizada com o objetivo de produzir uma comunidade citadina e territorial bem ordenada (MANNORI E SORDI, 2006:134).

No curso dos séculos XV e XVI ocorre um progressivo aumento das funções atribuídas à polícia, mas os problemas por ela abordados ainda se acoplam à tradicional função jurisdicional do poder real. A polícia permanece submetida à função geral de aplicar a justiça, estando longe de assumir as características institucionais que a ligam ao poder soberano no início da modernidade – sendo até mesmo vista como limite ao poder arbitrário do rei e compondo, ao lado da religião e da justiça, a ordem material pré-estatal a ser conservada pela ação protetora dos governantes (NAPOLI, 2003:30). Como explicam Mannori e Sordi (2006:136), longe de se afirmar como manifestação de uma plena soberania legislativa voluntarista, a norma de polícia se limita, então, à

manutenção da ordem preexistente, atuando como instrumento de defesa do equilíbrio corporativo. Além disso o poder de polícia não é atribuído com exclusividade ao soberano, mas compartilhado com uma pluralidade de titulares igualmente legitimados a exercitá-lo com as mesmas limitações e objetivos.

Somente no século XVII a polícia começará a assumir uma função mais precisa no seio da monarquia; com o *Tratado das Senhorias* de Charles Loyseau as diferentes tarefas de governo começam a ser identificadas, e a polícia passa a ser vista como um ramo específico do direito, intuindo-se uma divergência de fundo entre a administração da justiça e a polícia. O bom funcionamento da comunidade não é mais somente o resultado de um governo judicial conservador da ordem existente, mas resultado de um *ius inventium* que já é visto como fruto de uma atividade potestativa criadora da ordem (MANNORI E SORDI, 2006:135). Nas palavras de Loyseau (*apud* NAPOLI, 2003:31):

Le droit de police consiste à pouvoir faire des règlements particuliers pour tous les citoyens de son district & territoire: ce qui excède la puissance d'un simple juge qui n'a pouvoir que de prononcer entre le demandeur & défendeur; & non pas de faire des règlements sans postulation d'aucun demandeur, ni audition d'aucun défendeur, & qui concernent et lient tout un peuple, pouvoir qui approche & participe davantage de la puissance du Prince que non pas celui du Juge, attendu que ces règlements sont comme lois, & ordonnances particuliers, qui aussi sont appelées proprement édits⁴⁵.

Compreende-se, assim, a mutação que se produz no curso do século XVI. Somente no século XVII um autor como Loyseau pode vir a sustentar que a polícia decorre do poder soberano, na medida em que a figura tradicional do rei aplicador da justiça passa a estar em concorrência com a vocação que exprime a teoria do rei legislador. A polícia adquire autonomia conceitual e passa a se caracterizar como poder essencialmente normativo, diferenciando-se da atividade judicial na medida em que se afirma como manifestação do poder de criação do príncipe, conceitualmente e empiricamente distinta da atividade de arbitramento das controvérsias entre os cidadãos. Ainda assim continua ligada à *iurisdictio*, na medida em que se reconhece a articulação pluralística dos diversos titulares aptos a exercê-la sobre o território. Mannori e Sordi (2006:139)

⁴⁵ “O direito de polícia consiste em poder criar regulamentos particulares para todos os cidadãos de seu distrito e território: o que excede o poder de um simples juiz, que tem poder apenas para decidir entre o demandante e o demandado; e não de criar regulamentos sem o pedido de qualquer demandante, nem oitiva de qualquer demandado, e que se referem e ligam toda uma população, poder que se aproxima e participa mais do poder do Príncipe que daquele do juiz, compreendido que tais regulamentos são como leis, e ordenações particulares, que assim são propriamente denominados editos” (*tradução livre*).

explicam que a *police d'État* do soberano e a *police générale* dos Paramentos continuam sendo obrigadas a conviver com diversas polícias locais ou especializadas, confrontando-se com a persistente articulação do quadro institucional anterior e com a natureza necessariamente especial e concreta das regras de polícia.

No século XVII o poder de polícia se distingue, portanto, por seu conteúdo essencialmente normativo, mas concebido como regulamento particular – o que o distancia do poder legislativo em sentido próprio. Assim o poder monárquico terá de se esforçar para conciliar o exercício de uma soberania imposta pelos instrumentos gerais da ordenação e do edito com os objetivos específicos e precisos de um governo social que deveria gerir a utilidade pública, buscando adaptar um instrumento legislativo de vocação globalizante a objetos que requerem uma atenção constante e minuciosa:

En termes politiques, il s'agit d'assurer la maîtrise du pouvoir royal sur un territoire et sur sa population de manière que l'action de gouverner ne demeure plus tributaire de la discontinuité dans laquelle s'accomplit la fonction de rendre justice. Il s'agit d'établir entre le roi et les sujets un lien tel que l'obéissance des sujets répond moins à l'autorité du pouvoir qu'à l'efficacité de ses actes (NAPOLI, 2003:33)⁴⁶.

Os teóricos do século anterior haviam obtido uma resposta para os problemas nascidos da administração do Estado territorial com a elaboração, por uma doutrina da soberania, de uma legitimação essencialmente jurídica do poder real. Como explica Foucault, (2000:41), a teoria da soberania desempenhou, historicamente, quatro papéis: primeiro, referiu-se a um mecanismo de poder efetivo, o da monarquia feudal; além disso, serviu de instrumento para a constituição das grandes monarquias administrativas; depois, a partir do século XVI, foi uma arma utilizada pelas diversas forças em combate (aristocratas, parlamentares, representantes do poder régio, senhores feudais) para limitar ou para fortalecer o poder régio, conforme o interesse em disputa; finalmente, no século XVIII, foi a teoria da soberania que permitiu a construção, contra as monarquias administrativas, de um modelo alternativo de democracias parlamentares.

Ao final do século XVI o saber jurídico especializado havia se utilizado dos instrumentos conceituais do medievo para definir a posição de transcendência do

⁴⁶ “Em termos políticos, trata-se de assegurar o domínio do poder real sobre um território e sobre a sua população, de maneira que a ação de governar não permaneça mais tributária da descontinuidade que marca a função de prover a justiça. Trata-se de estabelecer entre o rei e os sujeitos um liame tal que a obediência dos sujeitos responda menos à autoridade do poder que à eficácia de seus atos” (*tradução livre*).

soberano tanto com relação às leis mais antigas quanto com relação às aquelas criadas por si mesmo, afirmando a superioridade do poder real em relação à ordem objetiva preexistente. A partir do século XVII, porém, a monarquia se vê confrontada com outro problema vital: como reduzir a distância entre a instância soberana e o seu domínio de aplicação? A polícia já vinha desenvolvendo uma atividade importante desde o final do século XVI; mas sempre houve um hiato entre a realidade legislativa e a reflexão teórica acerca do espaço particular ocupado pela polícia no seio da soberania – sendo ela concebida ainda como manifestação do direito primário do soberano de criar leis.

Até então a noção de polícia se consolidara em dois sentidos: na medida em que a cidade se afirma como centro privilegiado da vida social, o termo passa a designar a realidade material das necessidades cotidianas, esgotando-se nesse objeto. Por outro lado, na linguagem legislativa a “polícia” se torna também sinônimo de conduta e direção do reino. De um ponto de vista pragmático os aspectos material e formal do conceito tendem a se unir, mas até o século XVII não conseguiram obter autonomia e força tais que permitissem falar da polícia como a marca do governo soberano (NAPOLI, 2003:38).

No século XVII a polícia passa a se enraizar no nível material do conjunto de necessidades primárias indispensáveis à vida em comunidade, o que a vincula de modo indissociável à razão de Estado. A continuidade da atividade governamental é identificada como condição fundamental para o atingimento da felicidade estatal, organizando-se uma ciência do Estado capaz de fixar objetivamente as regras da conduta política:

Polizia non indicherà più esclusivamente il buon ordine necessariamente immanente alla comunità – come nell’accezione premoderna – ma anche la norma che quell’ordine sarà in grado di assicurare e garantire. Il *buon ordine*, la *buona polizia* presuppongono dunque, ormai, interventi in grado di disciplinare comportamenti e condotte, con un contenuto educativo dei comportamenti quotidiani, più o meno pronunciato a seconda dei contesti territoriali e delle concezioni religiose prevalenti (MANNORI E SORDI, 2006:136 – grifos no original)⁴⁷.

⁴⁷ “A polícia não indicará mais exclusivamente a boa ordem necessariamente imanente à comunidade – como na aceção pré-moderna – mas também a norma que aquela ordem estará em condições de assegurar e garantir. A *boa ordem*, a *boa polícia* pressupõem, então, a partir de agora, intervenções em condições de disciplinar comportamentos e condutas, com um conteúdo educativo dos comportamentos cotidianos, mais ou menos pronunciado conforme os contextos territoriais e as concepções religiosas prevalentes” (*tradução livre*, grifos no original).

A essência da razão de Estado se encontra na irredutibilidade da situação concreta à ação fundada no direito. Em situações desesperadas a ação política não pode se manifestar com base no modelo jurídico soberano até então vigente; deve, então, violar o direito e o interesse particular em nome do interesse público, ligando-se à possibilidade de derrogação sistemática do direito. Como explica Stolleis (2008:252), a acentuação do interesse público contribui para a despersonalização do Estado e o reconhecimento de uma lógica do real em si na política. Assim a regra de polícia se apresenta como o melhor instrumento (por sua flexibilidade) para a adaptação do Estado às contingências das necessidades governamentais concretas:

Face à un tissu normatif que les ordonnances royales aussi bien que les arrêts des parlements assurent d'une manière stable mais superficielle, la logique de la police apparaît là où le désordre des choses mine l'agencement du droit. Tout comme le tonnerre qui éclate sans avertir, la mesure de police commence à s'imposer comme un vecteur original de normativité (NAPOLI, 2003:45)⁴⁸.

Mas as transformações ocorridas no plano das funções desempenhadas pelo poder (agora preocupado com a regulação da religião, dos costumes, da saúde pública, etc.) ainda não se traduzem em uma modificação no modo como essas funções se exercem. A execução das normas de polícia continua sendo vista como questão de justiça, sendo obrigada a confiar nas técnicas já consolidadas do “administrar julgando” para a sua efetivação. O direito de polícia se limita ao momento regulativo, e a sua aplicação ao caso concreto continua dependendo de um ofício judicial que sancione o descumprimento da regra concreta estabelecida. Nas palavras de Mannori e Sordi (2006:141 – *grifos no original*):

Certo, lo stesso quadro organizzativo si è nel frattempo complicato rispetto al periodo precedente il consolidarsi dello Stato fiscale. [...] Tuttavia, “non esiste carica che abbia alla direzione della *Police* senza una qualche amministrazione di *Giustizia*; perché i regolamenti della *Police* non possono osservarsi senza il ministero dell'autorità propria della *Giustizia*” [Loyseau, *apud* Mannori e Sordi]. [...]

Si è dischiuso quindi un universo di “affari di polizia” crescente per rilevanza e ampiezza: il modello regolativo-giudiziario è invece rimasto intatto, trovando anzi proprio in quell'universo importanti conferme operative. Il novero dei compiti pubblici si è incrementato, ma questi continuano a essere attuati in via indiretta, attraverso prescrizioni minute, dettagliate, attraverso un'attività materialmente

⁴⁸ “Diante de um tecido normativo que as ordenações reais e os arestos dos parlamentos asseguram de uma maneira estável, mas superficial, a lógica da polícia aparece lá onde a desordem das coisas mina o agenciamento do direito. Assim como o trovão que estrondeia sem avisar, a medida de polícia começa a se impor como um vetor original de normatividade” (*tradução livre*).

regolamentare, che nel momento in cui si traduce in atti autoritativi richiede la necessaria mediazione dell'autorità di giustizia⁴⁹.

Em meados do século XVII o poder monárquico busca uma penetração cada vez maior nas relações sociais urbanas, regulamentando-as em nome da ordem. A população e o território são os principais eixos de desenvolvimento da estratégia mercantilista, que promove um reforçamento do aparelho policial na organização das cidades de modo a instrumentalizar uma série de intervenções diferenciadas com o objetivo de conciliar interesses privados e coletivos. A política é progressivamente invadida por uma racionalidade ligada à gestão infinitesimal dos homens e das coisas, de modo que a verdadeira aposta política na virada do século XVII para o século XVIII pode ser definida nos seguintes termos: “como reproduzir no nível geral esse cuidado ilimitado, metódico e onipresente que a polícia exerce na cidade?” (NAPOLI, 2003:53). Nas palavras de Foucault (2004c:348), “*faire de la ville une sorte de quasi-couvent, et du royaume une sorte de quasi-ville, c’est bien ça l’espèce de grand rêve disciplinaire qui se trouve à l’arrière-fond de la police*”⁵⁰.

Durante todo o século XVII a polícia vive a difícil passagem, jamais inteiramente completa, da cidade ao Estado, tornando-se o principal canal de conhecimento do território e acompanhando a progressiva transformação do príncipe de simples *Roi Justicier*, segundo o tradicional arquétipo medieval, em *Roi Pasteur*, *Roi Berger*. Nesse arco de tempo a polícia se torna efetiva técnica de governo e canal privilegiado de conhecimento do território e da população, além de instrumento de regulação das condutas e das articulações da sociedade corporativa (SORDI, 2004/2005:1213). O que não representa, contudo, nenhuma modificação radical: o objetivo não é o de impor

⁴⁹ “Certo, o mesmo quadro organizativo se complicou, em relação ao período precedente de consolidação do Estado fiscal. [...] Todavia, “não existe tarefa confiada à direção da *Police* sem alguma administração de *Justiça*; porque os regulamentos da *Police* não podem ser observados sem o ministério da autoridade própria da *Justiça*” [Loyseau, *apud* Mannori e Sordi]. [...]

Abre-se assim um universo de “negócios de polícia” crescente por relevância e amplitude: o modelo regulativo-judiciário permanece, porém, intacto, encontrando nesse mesmo universo importantes confirmações operativas. O conjunto de funções públicas aumentou, mas elas continuam a ser desempenhadas de modo indireto, através de prescrições minuciosas, detalhadas, através de uma atividade materialmente regulamentar, que no momento em que se traduz em atos de autoridade exige a necessária mediação da autoridade de justiça” (*tradução livre* – grifos no original).

⁵⁰ “Fazer da cidade um quase-convento, e do reino uma quase-cidade, é esse o grande sonho disciplinar que se encontra como pano de fundo da polícia” (*tradução livre*).

sobre o território e a população um projeto de governo, mas a demonstração de uma nova capacidade de estabelecer uma relação com os súditos.

Não se realiza, ainda, o projeto de disciplinamento social que irá se desenvolver alguns séculos depois. A técnica de governo que se realiza através da polícia é desconcentrada e plural, ainda calcada no modelo jurisdicional. Embora já adquira alguns traços de especialidade, mais ligados às circunstâncias específicas do cotidiano e distantes do exercício abstrato da soberania geral, do ponto de vista funcional a polícia não se transforma. Durante todo o século XVII ainda consiste no poder de emanar regulamentos particulares para os habitantes de um território, afirmando-se prevalentemente como atividade de tipo normativo, com finalidades regulativas, que para serem efetivadas exigem a intervenção da função jurisdicional.

Stolleis esclarece que essa ciência de polícia funda suas raízes na doutrina aristotélica das virtudes individuais, domésticas e coletivas, nas instituições por princípios e na geografia política, nos tratados sobre os costumes, em manuais sobre o matrimônio, etiqueta, literatura para pais de família, tratados sobre comércio, finanças e tributos, agricultura, caça, pesca, medicina e política demográfica, cujos ramos economicamente relevantes atingiam, por sua vez, as ciências cameraais ou mercantis. Há apenas traços de elementos jurídicos em tais gêneros literários. Eles variam no significado, e frequentemente não passam de reflexos não originais da ciência jurídica da época. As questões jurídicas não são evidentemente relevantes. Trata-se apenas de informações úteis para o pai de família, o agricultor, o comerciante, o funcionário ou o senhor territorial. O autor adverte, ainda:

L'osservatore moderno, aduso alla specializzazione delle discipline, si impelaga facilmente in analisi anacronistiche, qualora cerchi in tali accenni dei 'precedenti' per formazioni moderne e dei collegamenti, ove ve ne siano (STOLLEIS, 2008:441)⁵¹.

Como explicam Mannori e Sordi (2006:162), essa situação reflete as duplicidades e contradições típicas do absolutismo iluminado: o Estado impõe transformações, mas reconhecendo direitos e privilégios que freiam o caminho das reformas. Por um lado é tangível a dificuldade, no plano funcional-organizativo, de arquivar o modelo de Estado regulativo-judiciário típico da realidade européia de antigo regime; mas por

⁵¹ “O observador moderno, acostumado com a especialização das disciplinas, se embrenha facilmente em análises anacrônicas, conforme procure em tais acenos os ‘precedentes’ para formações modernas, e relações onde não existam” (*tradução livre*).

outro lado não podem ser negadas as substanciais metamorfoses sofridas pela simples tarefa de tutela de um equilíbrio preexistente à autoridade, transformada por um processo descendente que ativa, a partir do Estado, novas exigências de conhecimento do país e põe em funcionamento verdadeiros instrumentos de governo da população.

Entre os séculos XVII e XVIII a polícia se torna objeto de certas considerações conceituais, mas permanece acima de tudo uma noção pragmática, destinada a se confrontar com uma realidade impossível de se apreender conceitualmente. Enquanto o princípio da legalidade soberana repousa sobre uma relação direta entre a vontade do príncipe e o ato normativo, com o poder de polícia se torna necessário acrescentar a essa referência ao direito um juízo de oportunidade e a eficácia. Não se exige das disposições de polícia somente que estejam conformes à vontade pública; além disso, é necessário que as medidas adotadas estejam de acordo com a finalidade que se pretende atingir, o que modifica a própria racionalidade técnica do discurso policial.

No século XVIII a noção de polícia atinge o seu apogeu; é primeiro o primeiro tratado específico sobre o tema (o *Traité de La Police*, de Delamare), que critica a sua assimilação ao direito público e defende uma utilização restrita do termo, que visa especificamente à ordem pública de cada cidade. Na opinião de Mestre (1985:163), a emergência da polícia como principal atividade de governo é um acontecimento de grande importância na história do direito administrativo; afinal, embora ainda não se pudesse falar em uma “ação administrativa” a que se atribuísse natureza distinta da ação jurisdicional típica do antigo regime, é o surgimento da polícia que permite o reconhecimento de uma esfera pública específica, que no século XIX virá a ser considerada o objeto da ação exclusiva do Estado.

Tal modificação (explica NAPOLI, 2003:60) produz na racionalidade do discurso uma espécie de *reversão simbólica*, que substitui a exemplaridade abstrata da lei por um critério de adequação empírica à realidade; além disso, com o princípio da *violação atenuada* exclui as grandes punições do âmbito da polícia, pois ela necessariamente pressupõe a possibilidade de transgressão da norma (já que não pode negar a existência dos fatos sociais que se pretende modificar com sua ação). Assim, a intervenção social exige uma disciplina que aponta mais para o compromisso e o acordo que para a sanção e a exclusão (NAPOLI, 2003:61).

Essa reorganização da racionalidade discursiva gera duas importantes consequências: em primeiro lugar, a rede governamental agenciada pela polícia determina uma convergência entre autoridade política e sujeitos, manifestando-se a soberania como prestação pública, e a polícia como forma de integração de identidades singulares na comunidade política. Mas promove também um alargamento do estatuto lógico da regra de direito, visto que a polícia não é apenas a manifestação de uma vontade, mas busca acima de tudo o desenvolvimento do indivíduo como membro do corpo político – o que reduz a importância da coerção no interior do debate jurídico-político e permite a emergência da administração, na segunda metade do século XVIII, como forma peculiar de exercício do poder por parte dos governantes (NAPOLI, 2003:63).

Explica Napoli (2003:63) que o século XVIII apresenta dois fenômenos conflitantes: o desenvolvimento total da polícia, tanto na legislação quanto na literatura especializada, ao mesmo tempo em que ocorre o questionamento político de seu projeto governamental totalizante de intervenção na vida urbana. Desde a metade do século a polícia começa a ser questionada, demonstrando-se incapaz de se legitimar como pivô da ordem social e instrumento da ação política.

Por um lado, no século XVIII a polícia se define conceitualmente, passando a ser concebida como um poder de natureza regulamentar organizado pelos poderes públicos para assegurar a ordem, a prosperidade, e obrigar cada sujeito a cumprir os deveres de seu estado. Cumpre, assim, um papel fundamental na história do direito administrativo, pois permite a criação de um domínio particular que, embora permaneça incerto e limitado, estabelece um campo concorrente em relação às atribuições de polícia realizadas pelos oficiais: o da *administração pública* – desenvolvendo-se a idéia de que o rei não deve somente regular as atividades de produção e comércio dos sujeitos, devendo se tornar ele mesmo produtor, fabricante e construtor. Segundo Renaut (2007:56) o século XVIII é o século em que se desenvolve uma burocracia administrativa na França, verificando-se uma intensa proliferação de escritórios e instituições – ainda que mal definidas as suas funções.

É claro, porém, que da mera extensão da atividade do Estado do âmbito da justiça para o da administração não decorre a consequência de que ele tenha se tornado titular de uma função administrativa – ou seja, “uma atividade contínua realizada por um

determinado sujeito para a satisfação de um interesse distinto do seu próprio, sendo qualificada pelo ordenamento de modo a se tornar juridicamente controlável”⁵² (MANNORI, 1990:324). Afinal, as diferenças existentes entre a função judiciária e a função administrativa não podem ser julgadas apenas pelo tipo de tarefa designado a cada uma delas, devendo ser avaliadas pelo tipo de técnica jurídica escolhida para que se tornem controláveis. Como afirma Renaut (2007:60), a velha França não suprime nada, mas empilha as instituições novas sobre as antigas, o que faz com que a administração real se torne extremamente complexa, havendo uma forte imbricação entre a ação administrativa e a ação judiciária que faz, ao fim e ao cabo, com que a própria ação administrativa ainda seja obrigada a se organizar sob a forma judiciária.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que se fortalece materialmente e conceitualmente a instituição policial, promove-se um questionamento político do seu papel, e é o discurso econômico o principal responsável pelo ataque contra a ingerência artificial de seus dispositivos: em nome da liberdade de concorrência e do *laissez-faire* os fisiocratas denunciam o caráter antinatural das normas voluntaristas que não correspondem à realidade objetiva do comércio dos produtos da terra. E complementando a crítica econômica, uma crítica de natureza política e cultural se insurge também contra o inaceitável controle, por parte do Estado, sobre a vida privada dos indivíduos e a livre manifestação de suas opiniões. Por fim, a nova sensibilidade do discurso jurídico da segunda metade do século XVIII contribui para liberar a polícia do empreendimento governamental do antigo regime, o que culmina com a sua substituição final pela noção de administração.

Segundo Napoli (2003:68) são estes os três fatores que determinam a transformação do paradigma policial clássico durante o século XVIII: os novos debates econômicos, a discussão sobre a censura e as novas concepções acerca da administração estabelecem entre si relações de reforçamento recíproco que promovem uma redução cada vez maior das possibilidades de direta intervenção regulamentadora do poder político sobre

⁵² “Con questo lessema [funzione amministrativa] si intende di solito un’attività continuativa che un certo soggetto è tenuto a svolgere per soddisfare ad un interesse distinto dal proprio, e che perciò viene qualificata dall’ordinamento in modo da risultare giuridicamente controllabile” (“por este lexema [função administrativa] se compreende, geralmente, uma atividade contínua que um certo sujeito é obrigado a desenvolver para satisfazer um interesse distinto do seu próprio, e que por esse motivo é qualificada pelo ordenamento de modo a se tornar juridicamente controlável” – tradução livre).

a vida social, e a progressiva emergência de uma nova forma de governo dos homens: o governo administrativo.

A economia representa, no século XVIII, o novo saber em torno do qual se desenvolve a luta política. Nela se refletem as instabilidades sociais exasperadas pelo problema endêmico da escassez, e nela se reflete também a disciplina pública do setor confiado aos regulamentos de polícia. Quesnay, o fundador do movimento fisiocrata, coloca em questão a pretensão de universalidade do direito para a regulação dos fatos econômicos. Sustenta, assim, (explica NAPOLI, 2003:71), que a regra das coisas não deriva da vontade humana, mas está inscrita na própria natureza, que tende espontaneamente ao equilíbrio – o que faz com que a atividade de governar consista, essencialmente, em capturar a ordem intrínseca da realidade sem a violar. Para não atrapalhar a harmonia orgânica de interesses entre governantes e governados basta que as leis positivas respeitem a evidência da lei natural da circulação econômica, dentro da qual convivem a lei física e a lei moral.

O conceito de circulação aparece, então, como um transcendental histórico que constitui a base de inteligibilidade de uma técnica política, concebendo-se como disposição ao movimento de que o governo da polícia costumava aparecer como expressão direta. Ao tomar-se o conceito de circulação como a variante explicativa fundamental da ordem social, torna-se necessária a denúncia dos agentes artificiais que alteram a regularidade interna da natureza, o que implica em uma nova concepção da ordem política.

A valorização da circulação faz com que o mercado comece a ser visto como modelo explicativo unificador, e não mais apenas como forma sensível da vida cotidiana. Trata-se, a partir de agora, de uma construção externa ao espaço urbano, portanto inacessível à regulação policial típica das cidades; nas palavras de Napoli (2003:80): “*il n’est plus un simple cadre de vie, mais devient un indicateur économique; d’objet de controle, il se transforme en instrument d’intelligibilité*”⁵³. O mercado deixa, assim, de ser um lugar de justiça e fixação dos critérios de distribuição, para se tornar um mecanismo de verdade fixador dos critérios de verificação da política estatal.

⁵³ Ele não é mais um simples quadro de vida, mas se torna um indicador econômico; de objeto de controle, ele se transforma em instrumento de inteligibilidade” (tradução livre).

Com isso o estatuto empírico e conceitual da polícia é seriamente ameaçado. Afinal, o novo significado atribuído ao mercado como critério de verificação torna inútil toda a ação preventiva que sempre havia sido a marca característica da ação policial. A nova teoria econômica passa a exigir do governo uma intervenção pontual e *ex post*, mais compatível com o *laissez-faire* dos fisiocratas. Rearticulam-se completamente as antigas técnicas de governo, o que modifica o papel da polícia como manifestação da intervenção soberana. Quando o mercado passa da ordem prática à ordem do saber, deixa de ser objeto de controle para se tornar objeto de inteligibilidade. Organiza-se, assim, uma nova ética pública, que faz do interesse o novo fulcro da própria relação de cidadania, e tende a limitar a atividade de polícia ao campo estrito da segurança – o que dá origem a um novo dispositivo de poder e a novas formas de governo dos homens.

A própria uniformidade adquire um novo significado: não se trata mais da uniformidade que seguia a lógica da disparidade natural dos corpos, a exigir intervenções disciplinantes de caráter geral para a medição e comparação das desigualdades, dos direitos e das autonomias; a uniformidade, agora, é aquela de uma sociedade inteiramente individualizada, e tornada cada vez mais homogênea pela noção de *interesse*, por meio da qual se submete à tutela da autoridade do soberano (MANNORI E SORDI, 2006:188). O espaço político se esvazia e simplifica: desaparece a multidão instâncias intermediárias, e a miríade de corpos auto-administrados é substituída por *uma* auto-administração, símbolo de uma nova ordem individual e de um vínculo social fundado exclusivamente sobre a propriedade. A polícia como instrumento de intervenção social é desativada, e o pluralismo corporativo é substituído por uma unidade nacional portadora de interesses definidos autonomamente em relação ao príncipe:

L'auto amministrazione, mentre elimina ogni elemento corporativo, dissacra anche le immagini del Sovrano padre e del Sovrano tutore. *Police* e tutela vengono disattivate; al temperamento monarchico del pluralismo corporativo si contrappone una unità nazionale, che può realizzarsi indipendentemente dal Sovrano, chiamato sino a questo momento a riconciliare per il bene comune gli interessi dei corpi particolari: un interesse generale che può ora definirsi autonomamente dal principe, attraverso una piramide di assemblee che rendono visibile il vincolo sociale fondato sulla proprietà (MANNORI E SORDI, 2006:192)⁵⁴.

⁵⁴ “A auto-administração, enquanto elimina todo elemento corporativo, dessacraliza também as imagens do Soberano pai e do Soberano tutor. *Police* e tutela são desativadas; à conciliação monárquica do pluralismo

A eficácia do movimento fisiocrata consistiu em chamar a atenção para a ambigüidade própria da noção de polícia, que pressupõe a possibilidade de uma transformação *a priori* de coisas para as quais se reconhece uma naturalidade dependente de fatores objetivos. Mas não foi capaz de ir além de um ataque contra a hipertrofia dos dispositivos policiais clássicos, mantendo-se nas linhas de uma racionalidade política proto-providencial (NAPOLI, 2003:94). A polícia continua existindo, com prerrogativas exclusivas, mas agora menos extensas: em vez de intervir diretamente sobre a ação coletiva, passa a agir indiretamente, intervindo sobre o meio e assegurando a base de existência da ordem social:

La police continue à faire du social, mais selon une modalité différente de celle du passé: non plus en organisant les conditions de possibilité et les normes de l'action collective, mais en protégeant de manière résiduelle, bien que toujours aussi importante, la base d'existence d'un ordre constitué avant tout par les forces internes de la société (NAPOLI, 2003: 117) ⁵⁵.

É por essa razão que Mannori e Sordi (2006:197) podem afirmar que o projeto fisiocrático é um *tertium genus* em relação à monarquia administrativa e à administração moderna. A fisiocracia permanece suspensa entre o antigo e o moderno, em uma situação que não permite a formalização da administração geral porque a soma dos interesses privados ainda não se transfigurou na nação soberana – encontrando-se distante de um fundamento constituinte do Estado e do poder político fundado na idéia de interesse geral.

A própria coerência interna do modelo passa necessariamente pelo papel do soberano como “primeiro proprietário”, cujo interesse se apresentava por definição como sendo o interesse da Nação. Nas palavras de Mannori e Sordi (2006:196):

L'autorità del sovrano, anche se per definizione conforme all'ordine naturale e all'evidenza delle sue leggi, risultava così alla fine un elemento indefettibile quanto a la proprietà: un elemento che non aveva avvertito alcun bisogno di fondazioni contrattualistiche⁵⁶.

corporativo se contrapõe uma unidade nacional, que pode se realizar independentemente do Soberano, até este momento chamado a reconciliar, pelo bem comum, os interesses dos corpos particulares: um interesse geral que pode se definir autonomamente em relação ao príncipe, através de uma pirâmide de assembleias que tornam visível o vínculo social fundado sobre a propriedade” (*tradução livre*).

⁵⁵ “A polícia continua a organizar o social, mas segundo uma modalidade diferente daquela do passado: não mais organizando as condições de possibilidade e as normas da ação coletiva, mas protegendo de maneira residual, embora ainda muito importante, a base de existência de uma ordem constituída acima de tudo pelas forças internas da sociedade” (*tradução livre*).

⁵⁶ “A autoridade do soberano, ainda que por definição se conforme à ordem natural e à evidência de suas leis, resultava assim, afinal, um elemento indefectível quanto à propriedade: um elemento que não sentia qualquer necessidade de fundações contratuais” (*tradução livre*).

Apesar da precoce consolidação de uma estrutura burocrática, ela não é acompanhada pelo nascimento de um poder administrativo (pois as estruturas existentes mantêm suas subjetividades jurídicas autônomas, não se integrando em um aparato unitário), nem pelo nascimento de uma função administrativa (pois a sua competência ainda é definida por um critério material, e não funcional – cada um dos organismos existentes é habilitado indiferentemente a governar, julgar, regulamentar, cobrar impostos, de modo a realizar os objetivos que o ordenamento lhes atribui). O exercício de poder vem distribuído entre titulares distintos sobre a base da diversa natureza empírica dos interesses protegidos, e não sobre a base das diversas modalidades jurídicas da atividade necessária à sua realização (MANNORI, 1990:339). Ainda não existe, em suma, uma administração em sentido jurídico, compreendida como aparato detentor de subjetividade específica e destinado exclusivamente à proteção concreta do interesse público – em detrimento das atividades de resolução de controvérsias ou criação de normas jurídicas.

As mesmas discussões ocorridas no campo da economia acerca do papel da polícia são travadas também no campo da opinião pública. No início do século XVIII a opinião, como o grão, não podia circular livremente; devia ser observada desde as suas primeiras manifestações, para que pudesse ser impedida de se transformar em sedição, a “escassez” da política. Por esse motivo, também a circulação da opinião era submetida a um controle minucioso pela polícia, que se preocupava com a segurança do Estado e com idéias religiosas e filosóficas que pudessem causar subversão.

A partir de meados do século o problema passa a ser o de definir uma nova disciplina da matéria, evitando medidas excessivamente severas que, além de serem de difícil aplicação, encorajariam a prática do anonimato e da impressão clandestina. Assim, Malesherbes argumenta que os regulamentos deveriam ser pouco numerosos e essenciais, fixando apenas princípios gerais duráveis e certos – já que a fraude é diretamente proporcional ao número de leis (NAPOLI, 2003:123). A censura deveria se limitar a escritos relacionados com a religião, os costumes e a obediência à autoridade soberana – o que limita também o campo de atuação do paradigma policial clássico:

Le modèle d'une inquisition universelle, d'une police qui prétend tout prévoir, se réduit considérablement: la validité de la censure comme principe dépend de son application concrète. Sans la mesure de l'objet spécifique, le principe est inefficace

et ne reste qu'une abstraite idée régulatrice de la société ignorant la pratique courante (NAPOLI, 2003:130)⁵⁷.

Verifica-se que a censura não desaparece, mas ocorre uma transformação (NAPOLI, 2003:139). Ela passa a operar menos como instância de negação, personificada por um agente administrativo, e mais como mecanismo de seleção discursiva, buscando fazer certos enunciados aparecerem mais que outros. Não se desenvolve, portanto, em um modelo repressivo baseado na lógica binária de inclusão-exclusão, mas buscando fazer funcionar, no interior do próprio discurso, uma forma de disciplina e organização das mensagens em circulação.

Por fim, um terceiro fator fornece, no século XVIII, as bases para um questionamento do modelo policial clássico. No final do Antigo Regime o termo “administração” começa a adquirir o seu sentido técnico e moderno de “administração pública”, com a acentuação do seu caráter técnico-financeiro e a promoção de uma série de reformas institucionais que modificam o papel e as funções desempenhadas pela polícia como forma de governo dos outros.

Em torno da metade do século XVIII os princípios até então válidos no restrito campo da economia doméstica se transformam também em objetivos do governo público. A administração se transforma em organismo emancipado, portador de um regime próprio de verdade que a coroa não pode evitar tomar em consideração.

No final do século a administração reafirma a sua íntima relação com a contabilidade, afirmando como seu principal objetivo a tecnicização e a despolitização da ação governamental (NAPOLI, 2003:158). Assim pode se tornar independente de parâmetros exteriores que justifiquem os seus atos e de interesses políticos particulares, passando a representar essencialmente o Estado em ação.

O funcionamento tradicional do poder político e administrativo se encontra em transformação, no período. A questão que agora se impõe à soberania não se liga mais à fórmula “o que fazer ou não fazer” para assegurar uma população e um território ao empreendimento governamental. Trata-se, agora, de interrogar-se sobre “aquilo que se

⁵⁷ “O modelo de uma inquisição universal, de uma polícia que pretende prever tudo, se reduz consideravelmente: a validade da censura como princípio depende de sua aplicação concreta. Sem a medida do objeto específico o princípio é ineficaz, e não resta nada além de uma abstrata idéia reguladora da sociedade, ignorante da prática corrente” (*tradução livre*).

pode e deve fazer saber”, a fim de alcançar esse objetivo com o mínimo de tensões possível.

Assim como a boa ordem da sociedade exige o agenciamento material e moral organizado pela polícia, a boa ordem da política exige a representação numérica da atividade administrativa. Com a exposição analítica dos recursos do Estado e de seu emprego, o exercício da soberania se traveste na impessoalidade técnica da administração, o que desloca o centro do jogo governamental: passa-se do plano magnânimo de uma intervenção visível e constante encarnada na ubiquidade policial para um plano mais discreto, menos exposto a pulsões conflituais, e mais implicado no processo de legitimação do poder.

Ao representar seu poder em um texto contábil a monarquia opta por uma estratégia até então inédita de consenso, escapando dos questionamentos à sua legitimidade que vinham se apresentando pela nobreza e pelo terceiro estado. O poder monárquico se apresenta integralmente como administração em ação, o que relega a segundo plano o problema da representação geral da nação.

Em suma, é possível descrever um processo no qual a administração apresenta uma dupla face: diante dos outros poderes soberanos, aparece como estrutura inserida no quadro constitucional do Estado, pondo em movimento a própria vontade política; de um ponto de vista interno, atribui ao dispositivo de polícia uma competência essencialmente executiva (NAPOLI, 2003:173).

Reconhecem-se dois planos distintos: um plano da prática, em que navega a polícia, cujo dever é a concretização de tudo o que é formulado por um enunciado normativo; e o plano do sistema, em que existe a administração, como estrutura unificadora das práticas minuciosas em que está engajada a ação policial. Com isso a administração deixa de ser somente ação para se organizar como ordem estruturada sob a forma jurídica da instituição, sintetizando *a priori* as diversas prestações concretas do poder público:

À la fin du XVIII^e siècle, l’administration rationalise et unifie des pratiques de police jusqu’alors dispersées, favorisant ainsi le déplacement de la rationalité juridique d’un modèle casuistique à un régime classificatoire, de la solution des problèmes à l’étude de principes, du récit des besoins à la géométrie des schémas (NAPOLI, 2003:181)⁵⁸.

⁵⁸ “Ao final do século XVIII a administração racionaliza e unifica as práticas de polícia até então dispersas, favorecendo assim o deslocamento da racionalidade jurídica de um modelo casuístico a um regime

Assim a administração dá forma e unidade a uma combinação de elementos dispersos, produzindo um regime de verdade distinto do policial, ao mesmo tempo em que fornece as condições de especificação do próprio discurso policial – que perde o seu caráter genérico para assumir o sentido específico de polícia criminal e judiciária de que se reveste até os dias de hoje. Desse modo constrói um regime específico de ordenação pública que afirma, ao lado da harmonia de comportamentos ditada por normas de polícia, uma coordenação sistemática das estruturas e do quadro geral no interior do qual essa ordem de comportamentos pode ser pensada.

O modelo fisiocrático permanece forte até a revolução; com ela, a evidência das leis da natureza econômica é substituída pelo conjunto de leis políticas, criadas voluntariamente por uma Nação que age como corpo político, questionando a própria noção de soberania. Com a revolução a visibilidade do novo interesse comum deixa de ser uma questão científica e se afirma como resultado de uma decisão política fundamental, de um momento efetivamente constituinte da organização política. Forma-se uma administração geral do reino, na qual se isola pela primeira vez uma função autônoma de execução das leis gerais, aparecendo diante da uniformidade individualística da sociedade a unidade da administração do Estado.

A revolução de 1789 vem assinalar a vitória da hetero-administração, suprimindo a auto-administração das ordens parciais e a auto-administração do príncipe do antigo regime, assim como a livre comunidade de indivíduos-proprietários, em prol de um corpo nacional unitário governado com base em leis gerais:

La Rivoluzione rifiutava dunque sia il modulo giustizial-intendentizio, l'ormai anacronistico sdoppiamento delle burocrazie pubbliche, sia la dissoluzione della monarchia amministrativa nelle comunità dei possessori (MANNORI E SORDI, 2006:200)⁵⁹.

Cria, assim, um espaço administrativo novo, para além das cumplicidades entre monarquia e corpos típica da ordem antiga, mas também restauradora da força administrativa que havia sido criticada pelos fisiocratas. O projeto fisiocrático contribuiu de modo determinante para a dissolução da rede conflitual-cooperativa que ligava administração do príncipe e administrações dos corpos no antigo regime, mas

classificatório, da solução dos problemas ao estudo dos princípios, da apresentação das necessidades à geometria dos esquemas” (*tradução livre*).

⁵⁹ “A Revolução refutava, então, tanto o modelo justicial-intendentício, o já anacrônico desdobramento das burocracias públicas, quanto a dissolução da monarquia administrativa nas comunidades de proprietários” (*tradução livre*).

apenas de forma muito limitada concorreu para a edificação da nova administração criada para preencher o vazio gerado pelo desmoronamento da ordem anterior.

De qualquer modo, é somente na segunda metade do século XVIII, quando o poder político consegue romper com sucesso o pacto que havia firmado com as aristocracias locais sobre as quais havia nascido o Estado Territorial, que tem início a construção de uma Administração subjetivamente distinta do aparato judiciário. A exigência nasce tanto da intenção de assegurar ao soberano um controle mais direto e imediato sobre o próprio território, quanto de uma nova concepção da atividade jurisdicional, compreendida agora como aplicação automática e especializada do novo direito produzido pelo soberano aos casos controversos – tarefa cada vez menos compatível com atividades de outra natureza. Em suma, como explica Mannori (1990:343), o Estado Jurisdicional prolonga sua sombra até quase o início do século XIX, sem que isso lhe impeça de realizar uma enorme quantidade de tarefas que nada têm a ver com a justiça, e que são assumidas pela exigência de imposição de uma clara regulamentação social dentro do próprio espaço de governo. O Estado de Polícia é a forma jurídico-administrativa assumida para o cumprimento da difícil tarefa; mas, apesar de todas as transformações, não passa, ainda, de uma inflexão do Estado Jurisdicional, que se modifica para se adaptar às novas necessidades sociais – sem perder, porém, a sua essência judiciária.

Somente com a revolução de 1789 o modelo de governo irá se modificar, com a criação de um espaço de poder distinto daquele das comunidades de base; um espaço de poder que não pertence nem ao legislador e nem ao juiz, e que somente agora pode ser corretamente chamado de “administrativo”. A separação da administração em relação à justiça e à legislação permite que ela se afirme como sujeito, criado por uma soberania que descobriu a possibilidade de elaboração de uma constituição nacional, e que a sociedade política se tornou inteiramente disponível à ação do legislador – portanto, dotada de um poder de organização capaz de criar novos aparatos e designar funções específicas. A crise do governo judicial deixou o campo aberto a uma nova postura constitucional, que atribui à administração geral o dever de proteção dos interesses gerais anteriormente difusos pelos vários corpos sociais.

As antigas tarefas de prover à segurança, organizar as finanças, a polícia e a tutela das circunscrições subordinadas não são apenas transformadas em execução de lei, mas

pela primeira vez encontram um sujeito exclusivamente responsável por sua realização, um aparato organizativo que as assume com exclusão de todos os demais atores qualificados como públicos, e que justamente por isso pode ser denominado “administração geral” (MANNORI E SORDI, 2006:213).

Nascem simultaneamente a administração como poder (organização) e a administração como execução da lei (atividade). Ao vocábulo corresponde, em primeiro lugar, um aparelho organizacional que irradia a partir do rei e dos seus ministros por todo o território, passando pelos departamentos e chegando até os municípios, como destinatários das tarefas da administração geral no nível local. Como atividade, a administração se distingue por seu âmbito específico de execução da lei, distinta da aplicação judiciária da lei civil e da lei penal justamente pela especificidade das funções que lhe são designadas.

É claro que a administração revolucionária tem bem pouco em comum com a administração profissional burocrática que se implantará no decurso da era napoleônica. Submetida à absoluta centralidade da lei, enfraquecida pela desconcentração dos poderes e pelo caráter colegiado das autoridades subordinadas, fragmentada em milhões de cargos eletivos e limitada pelo dever de representação, a infância da administração estatal se caracteriza principalmente por deter o monopólio da ação de governo, capaz de concretizar em ato a soberania popular que se manifesta pela legislação criada pelo parlamento.

3.4 O Estado Administrativo

A Revolução assinala, portanto, a superação definitiva do Estado de Justiça. A destruição dos corpos intermédios permite à Nação assumir as tarefas até então atribuídas às várias auto-administrações inferiores, e dotar-se de uma organização adequada a essa finalidade. Como ressaltam Mannori e Sordi (2006:225), porém, durante a Constituinte essa organização não é concebida como entidade separada do corpo social e dotada de um poder geral de disposição sobre os direitos dos cidadãos; pelo contrário, o mesmo primado da vontade geral que havia condenado a sociedade corporativa tendia a excluir também qualquer possibilidade de criação de uma instância dotada de capacidade imperativa própria interpondo-se na relação entre os representantes da nação e o indivíduo; postulava-se uma administração perfeitamente transparente e mecânica, privada de toda espessura burocrática e de toda caracterização potestativa.

Em menos de três anos as instituições administrativas e judiciárias da monarquia são destruídas (os parlamentos em 1789, os intendentos em 1789, o Conselho do Rei em 1791). A condição dos administradores também se modifica, especialmente com a Constituição de 1791, que proíbe a venalidade e a hereditariedade em ofícios públicos, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que proclama a igualdade de todos os cidadãos diante da função pública. Além disso, os funcionários passam a ser eleitos, o que, combinado com a brevidade do mandato, concede aos administradores um caráter político, e parece conferir aos administrados o controle da administração.

Como explica Renaut (2007:53), os revolucionários generalizam em uma França departamental um regime administrativo idêntico em todos os locais. O resultado é uma centralização da administração geral e uma descentralização da administração comunal, baseada em três princípios básicos: a uniformidade como meio de garantia da segurança jurídica (promovida pela organização racional dos departamentos); a igualdade entre as circunscrições administrativas (garantida pela uniformidade de estatuto a todas as coletividades); e a unidade do território, assegurando-se a indivisibilidade da República com a concepção da administração departamental como emanção local do poder central.

Eis a abordagem revolucionária ao problema administrativo: nacionalizar toda a atividade administrativa sem imputá-la a um corpo distinto da sociedade, e sem criar qualquer capacidade jurídica exorbitante ou privilégio em relação aos demais sujeitos do ordenamento. Desse modo, a mais importante mudança promovida pela revolução (no que se refere à construção do Estado Administrativo) foi a destruição do velho dualismo entre uma administração dos governados, essencialmente consensualística, e uma administração soberana encarregada de manter a boa ordem social através do emprego do comando e da coação. Para concretizar esse objetivo o constituinte excluiu do campo político qualquer sujeito que pudesse interferir na relação que se pretendia direta entre o indivíduo e a lei; o objetivo era desembaraçar-se de uma vez por todas da “burocracia” do antigo regime, com a supressão dos intendentes e subdelegados e a extinção da administração por magistraturas – pela Lei de 16-24 de agosto de 1790, que no art. 13 de seu Título II estabelece a separação rígida entre as funções judiciárias e administrativas, punindo qualquer interferência dos magistrados na ação da administração:

13. Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions⁶⁰.

Deve-se compreender que o principal objetivo da regra não era reafirmar a autoridade atribuída ao recém-criado corpo administrativo. A preocupação era simetricamente oposta: extinguir o poder do tradicional governo por ofícios medieval, buscando a criação de uma esfera pública homogênea e vazia, marcada pela liberdade dos indivíduos e pela ausência de qualquer órgão que se interpusesse entre eles e a vontade geral, de modo a evitar a sua deformação. Mas com isso se obstaculizava também a própria formação de um corpo administrativo autônomo em relação ao poder central – e conseqüentemente de uma administração pública burocrática de caráter moderno. Explicam Mannori e Sordi (2006:228):

Certo è che il suo significato più immediato era quello di garantire alla nuova società quella esclusiva capacità di autogestirsi che era um riflesso speculare della sua esclusiva soggezione alla legge. Le funzioni di ‘governo’ dei giudici – del tutto naturali nell’ambito di un universo giuridico dominato dallo “ius inventum” e nel

⁶⁰ “13. As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de se considerarem abuso de autoridade, turbar, de qualquer maneira, as operações dos corpos administrativos, nem citar os administradores em razão de suas funções” (*tradução livre*).

quale perciò l'applicazione di ogni regola richiedeva per forza di essere filtrata attraverso um processo di definizione sapienziale – si rivelarono un'interferenza intollerabile ora che il diritto si era trasformato in un prodotto della volontà generale. Da qui in poi, l'attività giudiziaria sarebbe stata confinada alla semplice resolução de controversie tra indivíduos.

E tuttavia, proprio questo primato absoluto delle legge che aveva negato in radice ogni forma di amministrazione sovrimposta rispetto alla società stessa, impedì com pari nettezza che i nuovi *corps administratifs* godessero di qualunque vera autonomia rispetto al potere centrale⁶¹.

O projeto revolucionário não atribui à administração o poder de constranger unilateralmente a liberdade natural dos cidadãos; além de restringir à lei o direito de limitar a liberdade individual, estabelece uma distinção entre aplicação e execução da lei, concebendo a execução como simples atuação física e material dos preceitos legislativos, obrigatoriamente precedida de uma verificação da correspondência entre a realidade empírica e a previsão normativa – que apenas pode ser realizada pelo poder judiciário.

A administração revolucionária se revela, ainda, como uma “administração por direito comum” (MANNORI E SORDI, 2006:236), cuja atividade se concretiza tipicamente como *surveillance* sobre as administrações comunais. Em suma, o desenho organizativo elaborado pelos constituintes acabava combinando a capacidade de auto-administração com a negação estrutural de qualquer espaço de autonomia, revelando-se a prática corporativa de decidir em conjunto incompatível com uma administração de conteúdos meramente executivos.

Essa contradição começa a ser percebida com a queda da monarquia. Até então as falhas institucionais de uma administração integralmente honorária eram compensadas politicamente pela autoridade do monarca, e pelo expresse objetivo de redução do seu poder político. Com a saída do rei o aumento dos poderes das magistraturas locais populares (consequência inevitável de uma administração democraticamente eleita) se

⁶¹ “Certo é que o seu significado mais imediato era aquele de garantir à nova sociedade aquela exclusiva capacidade de auto-gestão que era um reflexo expecular da sua exclusiva sujeição à lei. As funções de ‘governo’ dos juízes – perfeitamente naturais no âmbito de um universo jurídico dominado pelo “*ius inventum*” e no qual, portanto, a aplicação de cada regra precisava necessariamente ser filtrada através de um processo de definição sapiencial – se revelaram uma interferência intolerável agora que o direito havia se transformado em um produto da vontade geral. De agora em diante, a atividade judiciária viria a ser confinada à simples resolução de controvérsias entre indivíduos.

E todavia, é justamente esse primado absoluto da lei que havia negado na origem qualquer forma de administração imposta do alto à sociedade, impediu com igual clareza que os novos *corps administratifs* gozassem de qualquer autonomia verdadeira em relação ao poder central” (*tradução livre – grifos no original*).

torna inaceitável, especialmente após a crítica ao “federalismo” realizada no período do Terror. Contra o surgimento de pequenas administrações periféricas, tem início um processo de reconcentração dos poderes nas mãos dos governantes, que destrói o ideal revolucionário de uma humanidade capaz de autogoverno, substituindo-o por um Estado-aparato que, afirmando-se como único intérprete da vontade geral, expropria da sociedade civil a tarefa de proteção do interesse coletivo.

A partir de 1792 ocorre uma transformação radical: uma série de leis especiais investe as administrações centrais e periféricas de poderes de disposição e intervenção na esfera de liberdade dos indivíduos – habilitando-as a seqüestrar os bens dos cidadãos emigrados, prender e deportar os suspeitos de comportamentos anti-revolucionários, regulamentar o comércio, etc. Ainda que a situação se deva às circunstâncias excepcionais do período pós-revolucionário, mesmo após a restauração termidoriana a administração conserva muito de sua autoridade, realidade bastante diversa dos ideais revolucionários. Ao final das contas, o próprio modelo revolucionário, tendo descoberto a insuficiência empírica da lei para tudo prever, vê-se obrigado a atribuir ao executivo o poder necessário à realização de suas finalidades. Segundo Mannori e Sordi (2006:237), a radicalização da luta política acelerou e enfatizou uma metamorfose que já estava em incubação desde o princípio.

O fim da antiga *iurisdictio* reduzira a distância entre juízes e administradores muito mais do que até então se poderia imaginar: sujeitas igualmente as autoridades administrativas e judiciais ao império da lei, ambas as atividades passam a se apresentar como mera concretização impessoal do conteúdo da norma jurídica, o que as coloca em uma relação de equivalência e legitima a tentativa da administração de reduzir o campo de atribuições do judiciário. E o fronte decisivo dessa batalha seria aquele da competência para a resolução de conflitos entre os particulares e o Estado.

Nos anos subseqüentes começa a se fortalecer a tese de que existiria uma vasta área de ações de caráter administrativo naturalmente subtraídas à cognição judiciária; a cada nova função adquirida pela administração corresponderia uma extensão paralela da jurisdição do executivo, até a atribuição à administração do direito de julgar os seus próprios atos.

No período napoleônico a transformação se completa: o enorme vazio criado pela supressão dos corpos intermédios precisa ser preenchido pela ação de um Estado

onipresente, que compense o déficit de regulação e senso de identidade através de um trabalho incessante e permanente de produção do social. Atribui-se-lhe uma nova função, que não mais se limita à manutenção de uma ordem preestabelecida, mas se volta à construção de uma nova ordem social:

E lo Stato cessa di essere quel semplice strumento operativo nelle mani della società che i rivoluzionari avevano prefigurato per divenirne invece l'istitutore permanente. Nasce quindi un nuovo tipo di paternalismo: che se condivide con la tradizione assolutista l'idea dello Stato come depositario di una superiore consapevolezza collettiva non gli affida però la semplice missione di mantenere un ordine già dato, ma quella ben più impegnativa di costruirne uno nuovo. È questo appunto lo 'Stato a pubblica amministrazione', destinato a dominare non solo la vicenda francese ma tutto quanto il proscenio dell'Ottocento continentale (MANNORI E SORDI, 2006:247) ⁶².

Para Mannori e Sordi nada simboliza melhor o advento do Estado Administrativo que a data de 28 de pluvioso do ano VIII (17 de fevereiro de 1800), que transfere todas as competências que haviam sido atribuídas aos corpos administrativos eletivos em 1789 para três funcionários monocráticos nomeados diretamente pelo executivo – o *préfet* no Departamento, o *sous-préfet* no *Arrondissement* e o *Maire* na Comuna. Com isso organiza uma administração rigidamente hierarquizada, concretizando um dos princípios que irá nortear toda a administração pública europeia do século XIX, segundo o qual “administrar deve ser o fato de um só”.

Os autores explicam que o princípio não traduz somente uma preocupação com a eficiência, mas exprime, pela primeira vez, o deslocamento de toda a atividade administrativa exclusivamente para as mãos do Estado – finalmente constituído como complexo institucional também fisicamente separado da sociedade dos indivíduos. Negar a colegialidade significa negar a representação, e assim também o modelo organizacional que a administração sempre havia mantido (ainda que de modos variados). A sociedade se torna mero objeto de uma função administrativa atribuída exclusivamente ao Estado, e o seu consenso se torna irrelevante para a ação administrativa, concebendo-se o Estado como único representante do interesse público.

⁶² “E o Estado deixa de ser aquele simples instrumento operativo nas mãos da sociedade que os revolucionários haviam projetado para se tornar, pelo contrário, o seu instituidor permanente. Nasce assim um novo tipo de paternalismo: que, se compartilha com a tradição absolutista a idéia do Estado como depositário de uma superior consciência coletiva, não lhe confia, porém, a simples missão de manter uma ordem já dada, mas aquela muito mais desafiadora de construir uma nova. É justamente este o ‘Estado de administração pública’ destinado a dominar não só a trajetória francesa, mas todo o proscênio do século XIX continental” (*tradução livre*).

Aparece, assim, a grande diferença entre a centralização antiga e a centralização moderna: “*il compito dell’intendente si riassume nel disciplinare l’amministrazione dei corpi; quello del prefetto consiste ora nell’amministrare egli stesso ogni interesse sovra-individuale*” (MANNORI E SORDI, 2006:248)⁶³.

Organiza-se uma nova máquina estatal, com o objetivo de transferir do modo mais eficiente possível a vontade estatal do centro para a periferia. Essa administração unitária e verticalizada se encontrará, durante todo o século XIX, diante da difícil tarefa de produzir a nação que a eliminação da estrutura corporativa não tinha sido capaz de fazer emergir. Uma nova ordem deve ser instituída, mas também continuamente protegida contra as suas próprias contradições e fragilidades internas. Na sociedade individualista, em que os conflitos já não são mediados pelas formações sociais intermédias, é sobre o Estado que recai a responsabilidade por garantir a estabilidade social.

Trata-se, em suma, de um Estado que já não se concebe como juiz ou árbitro, mas como personagem ativo na constituição de uma ordem social. Uma tarefa desse porte não poderia ser realizada sem o recurso contínuo e sistemático ao uso da autoridade; e de uma autoridade que se concebe como diversa daquela emanada pela lei, pois voltada ao cumprimento de funções excessivamente concretas e específicas para serem assumidas pelo legislador. Daí o surgimento de uma administração necessariamente investida de amplas prerrogativas de império, como o direito de emanar os regulamentos necessários à execução das leis⁶⁴, reconhecendo-se como válidos até mesmo os regulamentos autônomos; também o desenvolvimento de uma série de técnicas de governo não legislativo, como as intervenções do Estado sobre a difusão do pensamento, as atividades econômicas, a higiene pública; e por fim o estabelecimento de uma relação de supremacia também com os seus fornecedores de bens e serviços.

A consagração final do fortalecimento dessa estrutura ocorre com a definitiva imunização da atividade administrativa em face do judiciário. Durante a era napoleônica a retirada da administração do controle pelo judiciário se torna um

⁶³ “A tarefa do intendente se resumia no disciplinamento da administração dos corpos; a do *préfet* consiste, agora, na administração, por si mesmo, de todo interesse supra-individual” (*tradução livre*).

⁶⁴ *Constitution de l’An VIII*, **Article 44**. Le gouvernement propose les lois, et fait les règlements nécessaires pour assurer leur exécution (“Constituição do Ano VIII, **Artigo 44**. O governo propõe as leis, e cria os regulamentos necessários para assegurar a sua execução” – *tradução livre*).

princípio formal indiscutível, que na prática confere aos atos administrativos a mesma definitividade das decisões judiciais. Como explicam Mannori e Sordi (2006:258), este resultado foi obtido sem grandes rupturas, pois as suas pré-condições já estavam estabelecidas desde o período revolucionário. Napoleão não teve necessidade de reescrever os textos relativos à separação de poderes, pois o seu significado já vinha se transformando desde o ano III da revolução. Limitou-se, portanto, a uma reestruturação do quadro institucional, concebida como mera materialização da separação já existente entre administração e justiça. Organiza, assim, duas das instituições mais importantes do Estado administrativo oitocentesco: o Conselho de Estado e os Conselhos de Prefeitura. Com isso formaliza a existência de um poder de julgamento próprio da esfera administrativa, a ser realizado por órgãos colegiados distintos do grupo de administradores ativos. Em complemento, reorganiza-se o mecanismo de resolução dos conflitos entre juízes e administradores, transferindo-se a competência para o seu julgamento ao próprio Conselho de Estado, e reservando-se somente à administração o direito de apresentá-los para julgamento (através dos *préfets*). Consolida-se o domínio da administração sobre a atividade de proteção do interesse público, que havia sido subtraída ao controle do judiciário durante todo o século precedente.

Não mais submetida ao controle judicial, a administração não tem mais necessidade de recorrer aos tribunais para ver satisfeitas as suas pretensões. Adquire com isso a capacidade de criar ou modificar unilateralmente a posição jurídica dos seus destinatários, independentemente de sua concordância, com a mesma força atribuída à resolução definitiva de um litígio submetido a regular processo judicial. A possibilidade de execução prévia ao julgamento deixa de ser a exceção para se afirmar como norma. Nas palavras de Renaut (2007:73), a idéia de *governo* substitui a de *poder executivo*; reafirma-se o princípio da excepcionalidade da intervenção da lei nos poderes públicos, marcados pela iniciativa governamental e por uma liberdade de ação limitada apenas pelos direitos individuais.

A cultura jurídica levou algum tempo para incorporar teoricamente a nova situação; nestes momentos iniciais os juristas apenas se ocupam da administração enquanto objeto excluído da competência judiciária, e portanto estranho aos interesses do mundo forense. Por outro lado, Mannori e Sordi (2006:262) enfatizam que essa radical exclusão do juiz da esfera administrativa não traduz uma escolha consciente da classe

dirigente, formada ainda no clima “pan-processualístico” do antigo regime. Os autores citam o exemplo do regime jurídico da desapropriação, submetido até o início do século XX ao controle do poder judiciário, como medida de garantia da propriedade privada. Na prática, isso representava privar a administração pública do seu privilégio formalmente mais relevante, o de produzir de modo autônomo seus próprios títulos executivos. Como se não bastasse, é obrigada a respeitar um procedimento minuciosamente regulado e aberto à participação dos expropriados, com o valor da indenização sendo definido pela própria autoridade judiciária – e, a partir de 1833, por um colegiado composto por proprietários fundiários.

É claro que isso não significa um retorno ao governo dos juízes pré-moderno, até porque os tribunais se limitavam a verificar a correção do procedimento seguido pela administração, não lhes cabendo qualquer decisão de mérito; trata-se, além disso, de um regime de exceção, aplicável apenas a essa radical interferência no exercício de um dos direitos mais fundamentais da ideologia revolucionária. Constitui, ainda assim, um importante indício do real modo de funcionamento do Estado administrativo na Europa do século XIX, que ainda não havia conseguido eliminar completamente a idéia de um “outro modo de administrar”:

Naturalmente si tratta di um regime d’eccezione, che la dottrina stessa sempre considerò non estensibile a casi diversi da quello di un’aggressione diretta al diritto di proprietà. Ma esso offre ugualmente una prova di come la grande vittoria riportata dall’esecutivo all’inizio del secolo non avesse cancellato del tutto l’idea di *un altro modo di amministrare*, in cui lo Stato non si ponesse necessariamente come un super-soggetto, interprete unico e sovrano del rapporto tra interesse pubblico e privato. Ed è solo tenendo conto di questa alternativa potenziale che diventa possibile apprezzare fino in fondo la reale fisionomia dello Stato amministrativo continentale (MANNORI E SORDI, 2006:264 – grifos no original)⁶⁵.

Por outro lado, a existência de uma estrutura contenciosa administrativa por muito tempo não implicou no reconhecimento de uma diferença material entre a decisão administrativa e a atividade de reexame da decisão tomada. O juiz especial é um complemento, mas não um dado constitutivo do Estado administrativo, que pode ser

⁶⁵ “Naturalmente se trata de um regime de exceção, que a própria doutrina sempre considerou não extensível a casos diversos daquele de uma agressão direta ao direito de propriedade. Mas oferece igualmente uma prova de como a grande vitória obtida pelo executivo no início do século não havia eliminado completamente a idéia de um *outro modo de administrar*, em que o Estado não se afirmasse necessariamente como um super-sujeito, intérprete único e soberano da relação entre interesse público e privado. E é apenas levando em consideração essa alternativa potencial que se torna possível apreciar plenamente a real fisionomia do Estado administrativo continental” (*tradução livre* – grifos no original).

pensado perfeitamente sem uma justiça administrativa. É somente em 1806 que se registra alguma transformação: estabelece-se no Conselho de Estado uma estrutura de tipo para-judiciário que permite que o juiz administrativo se destaque do fundo indistinto das autoridades administrativas e comece a assumir uma identidade autônoma em relação a elas; de qualquer modo, a proscrição do juiz ordinário da atividade do executivo não funcionou tanto em benefício de uma justiça administrativa quanto em vantagem da própria administração ativa. Mesmo os órgãos do contencioso revelam uma estrutura ambivalente, mostrando-se capazes de desenvolver uma vocação judicial, mas recuperando imediatamente o seu papel de simples consultores jurídicos quando sua atividade se revista de conteúdos autoritários.

Com a queda de Napoleão o Estado de administração pública é um fato consumado: transformaram-se em “públicas” todas as tarefas realizadas, até o final do antigo regime, pelas múltiplas articulações da sociedade civil; construiu-se uma administração estatal, organismo distinto da sociedade dos governados e dotado de um poder de supremacia próprio e originário, funcional à realização da sua missão. No entanto, embora sob o plano institucional a transformação já se tivesse completado, no plano jurídico a história da administração moderna sequer havia se iniciado, no princípio do século XIX (MANNORI E SORDI, 2006:269).

Segundo Mannori e Sordi (2006:278), a expressão “direito administrativo” aparece pela primeira vez em 1798, no programa de um obscuro professor das Escolas Centrais do departamento da Charente-Inférieure, na França. Mas a sua difusão não foi imediata, e por algum tempo é utilizada apenas para designar o conjunto da legislação administrativa. É nos últimos anos do Império francês que o vocábulo adquire uma acepção menos restrita, sendo publicada em 1814 a primeira obra científica sobre o tema – as *Instituzioni di Diritto Amministrativo* do italiano Romagnosi. E a especificação da disciplina se consuma no curso da Restauração francesa: em 1815 é inserida oficialmente entre as matérias curriculares das faculdades de Direito da França, e a partir de 1828 ela será ensinada sem interrupções na universidade de Paris.

Com a difusão acadêmica tem início uma produção tratadística específica, em um primeiro momento centrada na jurisprudência do Conselho de Estado⁶⁶, e após

⁶⁶ Como os *Eléments de Jurisprudence Administrative* de Macarel (1818) e as *Questions de droit administratif* de Cormenin (1822).

buscando uma exposição complexa e ordenada dos conteúdos legislativos da disciplina⁶⁷.

A primeira produção doutrinária teve uma inspiração ideológica claramente liberal. Além disso, é evidente que uma das suas principais preocupações será afirmar como um dado objetivo a existência de uma “matéria administrativa” distinta da judiciária. Mas curiosamente, após o esforço realizado para a construção discursiva desse novo campo administrativo, passa a pressupor a autonomia da administração como se se tratasse de um fato inquestionável e auto-evidente.

Mannori e Sordi recordam que a historiografia costuma ter desses primeiros doutrinadores uma opinião bastante depreciativa: o caráter essencialmente repertorístico da sua produção e a sua incapacidade de elaborar uma teoria geral do direito administrativo fizeram com que fossem vistos como meros exploradores de uma teoria que apenas viria a gerar frutos nos anos oitenta; verdadeiramente relevante para a constituição da nova disciplina teria sido a jurisprudência administrativa, que estabelece os seus princípios fundamentais e as garantias fundamentais apenas esboçadas pelos legisladores. No entanto, como ressaltam os autores, a jurisprudência apenas pôde cumprir esse papel graças à existência de uma doutrina capacitada a refleti-la coerentemente, permitindo que a administração começasse a se perceber como um objeto definido:

In realtà, però, se la giurisprudenza poté conseguire questi obiettivi, ciò dipese dall'esistenza di una dottrina capace di rifletterne l'immagine in maniera coerente e quindi di attribuirle un sufficiente grado di autocoscienza. All'inizio del periodo che stiamo considerando l'amministrazione se presentava avvilupata in una “tradizione del segreto” che la rendeva impenetrabile non solo agli occhi del cittadino, ma anche a quelli dei suoi stessi operatori. E fu appunto la dottrina a squarciare questo velo con la sua umile opera divulgativa, che permise all'amministrazione di cominciare a vedersi come un oggetto definito [...]. Giudici e commentatori appartengono insomma a uno stesso, inscindibile universo, in cui la dottrina fonda la giurisprudenza ed è da quest'ultima continuamente ridefinita (MANNORI E SORDI, 2006:280)⁶⁸.

⁶⁷ Como os *Institutes de Droit Administratif* de De Gérando publicados em quatro volumes entre 1828 e 1830.

⁶⁸ “Na realidade, porém, se a jurisprudência pode conseguir estes objetivos, isso dependeu da existência de uma doutrina capaz de refletir a sua imagem de maneira coerente e, assim, de lhe atribuir um grau suficiente de autoconsciência. No início do período que estamos considerando a administração se apresenta envolvida em uma “tradição de segredo” que a tornava impenetrável não só aos olhos do cidadão, mas também aos olhos dos seus próprios operadores. E foi justamente a doutrina a rasgar esse véu com a sua humilde obra de divulgação, que permitiu à administração começar a se enxergar como um objeto definido [...]. Juízes e

O fundamento conceitual desse universo é constituído em substância pelo tríplice postulado de que a administração existe, não possui nenhum ponto em comum com a justiça, e justamente por isso pode se afirmar como poder. As próprias origens do interesse dos juristas pelo fenômeno administrativo aparecem ligadas à necessidade, imposta pela prática cotidiana, de dar um conteúdo preciso àquela independência entre administração e justiça que já era considerada princípio constitucional indiscutível. É somente com o nascimento de uma doutrina administrativista que se afirma uma imagem explicitamente tridimensional do ordenamento político, em que se atribui à função administrativa um peso institucional perfeitamente equivalente ao das demais funções.

Mais que isso, a administração já procura assumir o papel de função logicamente primária no âmbito das várias atividades estatais, concebendo-se como ação constante e ininterrupta de proteção do interesse da coletividade. A administração passa a coincidir com a própria essência do Estado, enquanto sujeito dotado de vontade e orientado à realização do interesse geral, em uma definição residual que concebe como administrativa toda a atividade que não possua natureza judicial ou legislativa. É nesse momento que aparece também a idéia do primado histórico da administração em relação aos demais poderes, que teriam aparecido apenas de modo a limitar a sua atividade e proteger os direitos dos cidadãos.

Viene così a formarsi un patrimonio di luoghi comuni fondativi che continuerà a produrre i suoi effetti fin quasi a noi. Dalla posizione di contestatissima ultima arrivata nel catalogo delle pubbliche funzioni, l'amministrazione si trova in pochi anni promossa al rango dell'attività statale più indeffettibile e necessaria. Quella legittimazione che essa aveva tanto faticosamente cercato negli anni della vecchia monarchia, l'ha ora finalmente trovata in questo Stato nuovo, che fa della cura degli interessi generali il suo obiettivo essenziale (MANNORI E SORDI, 2006:284)⁶⁹.

A administração não aparece mais apenas como um dentre os demais poderes, mas como o poder por excelência, concebido em sentido absoluto e por sua natureza intrínseca. O ato administrativo se reveste de características, como a auto-

comentadores pertencem, em suma, a um mesmo e incindível universo, no qual a doutrina funda a jurisprudência e é por ela continuamente redefinida” (*tradução livre*).

⁶⁹ “Assim vem a formar-se um patrimônio de lugares comuns fundativos que continuará a produzir os seus efeitos até quase os nossos dias. Da posição de contestadíssima última novidade no catálogo das funções públicas, a administração se encontra em poucos anos promovida ao posto de atividade estatal mais indefectível e necessária. A legitimação que havia buscado tão cansativamente nos anos da velha monarquia, encontrou finalmente neste novo Estado, que faz da atenção ao interesse geral o seu objetivo essencial” (*tradução livre*).

executoriedade e a unilateralidade, que não só reforçam a posição do Estado no interior da ordem político-jurídica, mas principalmente lhe conferem os instrumentos necessários à persecução de objetivos empíricos por ele considerados desejáveis, o que permite a superação da antiga concepção do exercício do poder político como mera conservação de uma realidade social preexistente.

Nos tratados dos primeiros administrativistas essa novidade se apresenta em um clima geral ainda bastante contíguo às velhas compilações do direito de polícia. Até os anos setenta do século XIX a doutrina permanece incapaz de desenvolver uma reflexão sobre os elementos constitutivos da nova espécie de poder público, com uma literatura essencialmente repertorística. Iniciando com uma exposição orgânica da administração, os livros constituíam em uma análise exegética das regras aplicáveis às diferentes matérias administrativas.

A especificidade do novo direito administrativo não decorre, portanto, das finalidades genéricas de proteção do bem público que lhe são atribuídas pelo legislador, mas do fato de regular uma relação intersubjetiva peculiar: aquela existente entre os indivíduos e a administração pública, ainda inexistente no universo de antigo regime. Situação que permite que Mannori e Sordi (2006:289) defendam a tese de que o nascimento da nova disciplina não decorre de uma produção normativa necessariamente nova ou diversa, no plano do conteúdo, daquela que já se produzia desde o antigo regime para a ordenação dos interesses coletivos; o seu desenvolvimento é resultado da percepção de como toda a área correspondente ao antigo direito de polícia passa a gravitar em torno de um novo centro, graças ao reconhecimento definitivo desse novo sujeito que é a administração pública. Verifica-se, então, a existência de um grande conjunto de normas que não é aplicada por intermédio do poder judiciário, mas é assumida por um diverso poder do Estado, e concretizada por procedimentos que lhe são peculiares.

Foi esse o principal traço que favoreceu o reconhecimento da autonomia do poder administrativo em face dos demais ramos do direito, o que faz com que a sua especialidade tenha uma fisionomia ambivalente: de um lado, trata-se de uma especialidade mais marcada em relação às demais disciplinas, pois não depende somente das peculiaridades materiais que caracterizam a relação cidadão-administração, mas sobretudo do fato de que a administração é a única intérprete

autorizada dessa relação; e justamente por isso, de outro lado, torna-se difícil definir positivamente quais sejam as características substantivas que distinguem o direito administrativo do direito comum.

Inicialmente, então, os conteúdos do direito administrativo são definidos *a posteriori*, com base no critério de competências adotado; somente na segunda metade do século se começa a discutir a possibilidade de um critério material de estabelecimento da natureza jurídica específica do direito administrativo. Na origem o direito administrativo se apresenta como uma disciplina de características formais muito bem definidas, mas de perfil conceitual ainda nebuloso. Um sinal dessa dificuldade é o longo percurso seguido pela doutrina para individualizar a noção propriamente moderna de “ato administrativo”.

O ato administrativo aparece primeiramente no âmbito jurídico para definir aqueles atos que não podem ser conhecidos pelo poder judiciário. Apresenta-se, assim, em uma acepção indefinida, apta a compreender qualquer operação administrativa instrumental à satisfação do interesse público, independente do seu conteúdo.

O panorama começa a se transformar no período da Restauração, entre 1814 e 1830, quando a exigência de assegurar a autonomia à Administração se torna menos importante diante da necessidade de tornar eficazes os limites legais impostos à sua ação (MANNORI E SORDI, 2006:292). O problema de fundo do recém-criado juiz administrativo foi aquele de ampliar o seu próprio controle sobre os comportamentos administrativos, em relação à área extremamente circunscrita à qual se encontrava confinado no início da Restauração, atendendo às exigências de uma tutela mais eficaz dos cidadãos diante da administração.

Essa necessidade aparece conforme a administração começa a praticar sua atividade sob uma forma diversa da utilizada no antigo regime. No século XVIII a essência da atividade administrativa era concebida como uma função regulatória e disciplinante, facilmente confundível com a essência soberana da ação estatal – e, portanto, refratária a qualquer controle ou limitação. Mas no século XIX, ao lado dessa atividade (então designada sob os nomes de administração “graciosa” ou “discrecionária”) começam a aparecer outras hipóteses de ação administrativa, decisões específicas de caráter não regulador baseadas em legislação preexistente (como na concessão de uma licença edilícia com fundamento em um plano de alinhamento, por exemplo); em situações

como essa a liberdade administrativa não existia, e o cidadão podia opor ao Estado um direito subjetivo perfeitamente equivalente àquele que lhe era assegurado pelo direito civil. Foi a partir desse tipo de ação que o Conselho de Estado começou a afirmar a sua jurisdição, pois é a partir dela que se torna possível a abertura de um recurso contencioso.

A atividade administrativa começa a ser concebida de modo bipartido. A verdadeira atividade administrativa, como função destinada à satisfação dos interesses gerais, é somente aquela pura, discricionária, em que não há possibilidade de violação dos direitos subjetivos de um cidadão, aparentada à atividade legislativa. Mas quando o administrador é obrigado por uma norma qualquer a atribuir certa vantagem a um determinado cidadão, ele assume a mesma posição de um juiz, devendo se limitar a aplicar a norma ao caso concreto. Nasce a “teoria do ministro-juiz” que, como explicam Mannori e Sordi (2006:296), caracteriza o direito administrativo francês por quase meio século.

Surge a representação dualística da função administrativa que dominaria o campo jurídico por vários decênios. Ignorando, ainda, o que fosse a administração, a cultura jurídica a assimilou ora à função legislativa, ora à função jurisdicional, conforme ela se apresentasse como juridicamente livre ou legalmente vinculada.

Esta configuração binária da função administrativa foi mantida ao menos até o final do Segundo Império. No léxico legal o termo “administração” em seu sentido puro (não contencioso) continua a evocar o pólo do metajurídico, o ponto de fuga da impossibilidade de controle da atividade estatal.

Uma primeira brecha na rigidez desse princípio começou a aparecer no curso da Monarquia de Julho, que assinala uma recuperação da autoridade do Conselho de Estado, em comparação com os dias da Restauração. Então o Conselho começa a realizar certas incursões na zona da “pura administração”, com base na lei de 7-14 de outubro de 1790, que habilitava o rei, como chefe da administração geral, a pronunciar-se sobre os recursos por incompetência nos atos praticados pelas autoridades administrativas inferiores. A regra não fazia qualquer referência ao direito, mas sancionava uma hipótese de objetiva ilegalidade da ação administrativa, permitindo implantar uma primeira forma de tutela também no interior da própria administração pura, ainda que limitada à simples anulação do ato viciado.

Mas o Conselho não atuava como juiz independente, somente como órgão consultivo do próprio monarca, colocado no ápice da hierarquia executiva. Além disso, por muitos anos o único vício sancionável foi a incompetência em sentido estrito, concebida como incapacidade de um agente administrativo para praticar um ato atribuído a outro. Compreensível que até o final dos anos 60 do século XIX a doutrina continuasse a conceituar a atividade administrativa nos mesmos termos em que se baseava no curso da Restauração.

Ainda na metade do século XIX, em suma, a justiça administrativa se limita a tocar os confins da área do poder, sem possuir a autoridade institucional e os instrumentos conceituais necessários para penetrá-los resolutamente.

Correlativamente, a cultura jurídica tende a identificar a essência da administração com uma atividade de regulação social não muito diversa daquela própria da antiga *police*; e justamente por isso ela aparece bloqueada por uma abordagem de tipo repertorístico-descritivo bastante similar aquele próprio dos juristas do século precedente. O controle judicial do ato administrativo não atinge aquela vasta zona central em que a administração ainda é percebida e vivida mais como poder disciplinante que como agente, e a investigação científica não chega a superar a mera exposição racional das normas, jamais realizando um estudo dos atos da administração e de sua natureza jurídica. Somente a segunda metade do século XIX será capaz de superar essas duas limitações da nova disciplina.

Do século XVIII ao século XIX se constata, portanto, um progressivo crescimento da autoridade do Estado, que adota uma postura cada vez mais ativa de intervenção na vida social. Em meados do século XIX os juristas assumem uma atitude crítica ao perceberem a situação objetiva de substituição da lei concebida como manifestação da vontade geral por uma lei que se apresenta como expressão formal e neutra da autoridade do Estado. Aparece uma preocupação cada vez maior com o controle jurídico do poder público, o que permite o desenvolvimento doutrinário e político da moderna noção de Estado de Direito, ou seja, de um Estado cuja ação se manifesta exclusivamente como materialização das leis.

A partir de então a supremacia da lei começa a cobrir o espaço administrativo, e somente a autorização legislativa permitirá a intervenção estatal na esfera dos direitos individuais. A atenção dos juristas começa a se concentrar nas condições de

admissibilidade dos atos de autoridade, o que permite o controle da legitimidade dos atos da administração, com instrumentos por meio dos quais se verifica a sua legalidade.

Com a consolidação das transformações promovidas pela revolução a ciência da polícia tende a desaparecer, por considerar-se-a incompatível com as garantias constitucionais de liberdade dos cidadãos e o liberalismo político e econômico. Segundo Stolleis (2008:515), a legitimação intelectual da polícia já tinha sido posta em dúvida uma geração antes, com a rejeição kantiana (em 1781) do eudemonismo empírico que afirmava a felicidade como objetivo principal a ser buscado pelo Estado (em uma visão paternalista de governo político), e a sua correspondente substituição pelo imperativo categórico. À exigência teórica de retirada da polícia do campo do bem-estar se contrapõe o peso da praxe administrativa e o interesse de uma sociedade civil que não desejava mais ser tutelada, mas assistida. Na medida em que a polícia tem a sua importância reduzida, inicia a escalada do direito administrativo, única disciplina com a qual se poderiam realizar, na prática, as reformas administrativas propostas (STOLLEIS, 2008:526).

É claro que esse novo regime não aparece em um vazio de poder e legalidade; o que o Estado jurídico do século XIX promove não é o fim do poder arbitrário, mas a criação de um novo regime jurídico da autoridade. Nas palavras de Mannori e Sordi (2006:316), “un *regime amministrativo del diritto* sostituiva l’antico, ma ancora vivo sino alla fine del Settecento, *regime giudiziale del diritto*”⁷⁰. O que se substituíra, em suma, era a própria ordem antiga, impondo-se um regime jurídico da autoridade paralelamente a um regime constitucional de garantias, ambos desconhecidos para a velha ordem.

Lo Stato di Diritto era un regime giuridico impensabile senza la frattura costituzionale e individualistica, ma era anche un *regime amministrativo del diritto*; muoveva dalle nuove esigenze di garanzia individuale del cittadino, ma pure dalla necessità di fissare un ordine giuridico per un potere in larga misura nuovo, ormai emancipatosi definitivamente dalla giustizia: impersonalità del potere e affermazione della sua perennità andavano di pari passo (MANNORI E SORDI, 2006:317)⁷¹.

⁷⁰ “Um *regime administrativo do direito* substituíra o antigo, mas ainda vivo até o final do século XVIII, *regime judicial do direito*” (tradução livre – grifos no original).

⁷¹ “O Estado de Direito era um regime jurídico impensável sem a fratura constitucional e individualística, mas era também um *regime administrativo do direito*; partia das novas exigências de garantia individual do cidadão, mas também da necessidade de fixar uma ordem jurídica para um poder em larga medida novo, já

A doutrina administrativista européia de meados do século XIX tendia a ver as novas descobertas jurídicas como forma de limitação do arbítrio incontável do soberano déspota característico do Estado de Polícia do antigo regime. Pressupunha, desse modo, a existência de um poder administrativo originário completamente liberto de quaisquer amarras jurídicas, em um regime de direito público incompatível com a idéia de liberdades fundamentais que estava na origem de todo o movimento revolucionário.

Como se percebe, não é isso o que ocorria; o Estado de Direito não aparecia como limitação jurídica do poder absoluto, mas como organização de um novo regime jurídico de exercício do poder, que, se limita o poder administrativo, apenas o faz na medida em que promove a criação e o fortalecimento do próprio poder administrativo, inexistente nas sociedades de antigo regime (ainda marcadas por um exercício jurisdicional do poder político). O Estado de Direito não é somente o Estado constitucional, da centralidade da lei e da proteção dos direitos individuais. Embora também seja, efetivamente, tudo isso, o Estado de Direito é, acima de tudo, o Estado da centralidade da administração, e de sua afirmação como manifestação por excelência do poder político, concebido como intervenção ativa do Estado na construção de uma nova ordem social.

Definitivamente superados os modelos de governo por jurisdição do antigo regime, e inquestionavelmente estabelecido o novo perfil de governo por administração, começa a se tornar possível a organização definitiva do direito administrativo como saber especializado e autônomo em relação aos demais ramos do direito – não mais limitado à mera exegese da legislação existente, mas dotado de princípios, conceitos e, especialmente, uma estrutura jurisdicional própria em relação aos demais ramos do direito comum.

Ao final do século XIX a produção jurisprudencial do Conselho de Estado começa a contribuir efetivamente para a sofisticação teórica do direito administrativo, que passa então a regular, respeitando as limitações do Estado de Direito, todas as intervenções da nova estrutura de governo sobre a vida social. Sob a III República se concede ao Conselho de Estado o poder para tomar as suas decisões autonomamente, sem a necessidade de sua homologação pelo chefe do Executivo (a lei de 24 de maio de

emancipando-se definitivamente da justiça: impessoalidade do poder e afirmação da sua perenidade andavam lado a lado” (*tradução livre*, grifos no original).

1872 o afirma como *justice déléguée*, e não mais como *justice retenue*), o que concede ao direito administrativo seu aspecto atual, e aos administrados garantias ainda maiores em face da administração pública. Forma-se, então, o direito administrativo clássico.

Após essa análise genealógica do processo por meio do qual se formou um direito administrativo na Europa se pode perceber que a construção deste ramo específico do saber jurídico se fez em paralelo, e como racionalização, do processo de construção de um modelo moderno de Estado e de administração pública. Quando surge, com autonomia científica, o direito administrativo nos moldes gerais em que o conhecemos hoje, já existia na Europa uma estrutura administrativa racionalizada dotada de um poder especificamente administrativo – tendo sido superado o antigo modelo jurisdicional de exercício do poder político.

A construção em paralelo do Estado administrativo e do direito administrativo se apresenta, assim, como resultado de uma longa transformação, por meio da qual o Estado abandona o seu papel passivo de *árbitro* nas disputas entre os vários grupos sociais e mantenedor do equilíbrio no interior de uma ordem preexistente, para começar a atuar ativamente na materialização de um novo projeto de ordenação social, passando a efetivamente *governar* a sociedade. De início apenas subvertendo o funcionamento tradicional do governo por jurisdição – com a ação de polícia que busca a tradução, no plano geral de governo, das práticas disciplinares já dispersas pelo tecido social; após, promovendo uma transformação radical no modo de exercício do poder – que destrói as instituições de polícia dispersas por toda a sociedade para reagrupá-las no interior do aparelho de Estado central, que então se afirma como Estado administrativo; o fato é que em meados do século XIX já se pode constatar a existência de uma estrutura de Estado burocrática, racionalizada e hierarquizada, que efetivamente governa a sociedade por meio de uma ação qualitativamente diferente da decisão judicial e da criação legislativa (o ato administrativo), e sofre a incidência cada vez maior desse novo ramo do direito público, o direito administrativo – que simultaneamente a limita e a legitima como atuação dotada de imperatividade, pois necessária à proteção do interesse geral de que o Estado é guardião.

Como sustenta Stolleis (2008:529), referindo-se ao direito público, em tese plenamente aplicável também ao ramo específico do direito administrativo: a emergência da nova ciência como discurso teórico específico representa o processo através do qual

uma nova realidade se constitui, graças à produção de novos conceitos. A linguagem e o pensamento estão em unidade incindível. As transformações estruturais são relações de autoridade entre pessoas, confinadas no meio da língua, que não se limita a simplesmente “responder” às mudanças, mas cria autonomamente a realidade.

E tudo isso ocorre em um contexto no qual se torna cada vez mais necessária uma intervenção ativa do Estado na regulamentação da vida urbana, como modo de organizar a sociedade e protegê-la de seus inimigos internos, o que depende de um fortalecimento de sua estrutura e dos seus instrumentos de ação administrativa. O direito administrativo representa, então, a organização jurídica de um novo dispositivo de poder, que torna possível a atividade normalizadora do Estado ao legitimar a sua atuação interventora, ao mesmo tempo em que a limita.

4 A GÊNESE DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

4.1 A Palavra, o Direito, a Coisa

Encontra-se no acervo do Museu Histórico Nacional, no Rio de Janeiro, uma tela pintada por Georgina de Albuquerque em 1922, no auge da revolução modernista brasileira, intitulada *Sessão do Conselho de Estado*. A obra retrata, em óleo sobre tela, a sessão do Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil de 02 de setembro de 1822, em que se decidiu acerca da necessidade de separação entre Brasil e Portugal. Estando D. Pedro de Alcântara ausente da capital desde o mês anterior, quando viajara a São Paulo na tentativa de conter os sintomas de insurreição que se percebiam na província, a sessão era presidida pela Princesa Leopoldina. Sob seu comando o Conselho decidiu aprovar a representação formulada pelo procurador da Província Cisplatina, que propunha a independência do país e várias medidas para a resistência à Metrópole, reiterando a legitimidade do governo do Príncipe Regente:

Temerosos com este cisma, e atento ao que pede a santidade de nossos juramentos, propus ao respeitável Conselho que declarasse acabada toda relação, e inadmissível todo pacto que não suponha o reconhecimento dos direitos que concedeu a natureza ao Mui Augusto Senhor herdeiro presuntivo do Senhor D. João 6º, mas se a guerra é inevitável, se as tropas que ocupam o território da Bahia contra o voto expresso de seus habitantes não obedecem às ordens de S.A.R. comunicadas recentemente, opino que o Conselho está obrigado a tomar um partido mais sério, porque necessitamos de uma Autoridade independente de todas suas relações e esperanças daquele que nos hostiliza, necessitamos de um Poder iminente e de uma cabeça que, guardando proporção com o corpo que constituímos, tenha a capacidade necessária para dirigir todos os seus movimentos. Qual seja esta não é preciso dizê-lo, Exmos. Srs., é aquele – D. Pedro de Alcântara, Príncipe Excelso, cujos destinos estão unidos aos deste Império por direito, por razão, por conveniência, D. Pedro de Alcântara, príncipe virtuoso e intrépido, que ao primeiro indício de nossa angústia soube se precipitar nos braços do Americano e fazê-lo depositário de seu cetro. D. Pedro de Alcântara, que arrebatado dessa superioridade exclusiva dos heróis se despojou em dia para sempre memorável daqueles títulos em que seus maiores fundaram sua maior grandeza, e assumindo o título de Brasileiro Defensor Perpétuo e filho do Brasil deu ao mundo toda a prova mais solene de que para reinar sobre nós não necessitava de mais que sua grandeza (Representação apresentada pelo Procurador Lucas José Obes na 13ª Sessão do Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil, 2 de setembro de 1822, *in*: RODRIGUES, 1973-1978, vol. 1:66 – tradução livre do espanhol).



Figura 14 – *Sessão do Conselho de Estado*, Georgina de Albuquerque (1922)

A legenda do quadro de Georgina esclarece a informação oficial, explicando que após os debates se decidiu escrever a D. Pedro para que proclamasse, “sem perda de tempo”, a independência do Brasil:

Convocou-se o Conselho de Estado para o dia primeiro de setembro (ou 2), às 10 hs da manhã. Já estavam todos os ministros presentes no Paço. Fez José Bonifácio a exposição verbal do estado em que se achavam os negócios públicos, e concluiu dizendo que não era mais possível permanecer naquela dubiedade e indecisão, e que para salvar o Brasil cumpria que se proclamasse imediatamente a sua separação de Portugal. Propôs então que se escrevesse a D. Pedro que sem perda de tempo pusesse termo ali mesmo em São Paulo a uma situação tão dolorosa para os brasileiros. Todos os ministros aplaudiram o alvitre e com eles emulou no entusiasmo a Princesa Real (*in*: SIMIONI, 2002:157).

A pintura consiste em uma bela ilustração, em tons de laranja e amarelo, da sessão ocorrida no Paço Imperial. Em pinceladas fortes e pouco definidas, encontram-se representados sete procuradores em pé, ao redor da mesa onde se encontra sentada, mais abaixo e à esquerda, a Princesa Leopoldina, a quem prestam homenagens. Sentado em frente a ela está José Bonifácio, com quem parece redigir as cartas que seriam enviadas a D. Pedro em São Paulo.

Retratando a cena em comemoração ao Centenário da Independência, a pintura mereceria ser discutida por vários motivos. Em primeiro lugar por motivos “extra-artísticos”, de caráter sócio-histórico: trata-se da primeira obra vinculada ao

academicismo pintada por uma mulher. O estilo academicista, que dominou a pintura brasileira durante todo o século XIX, se caracteriza por uma valorização de temas históricos, em que sobressai o herói masculino, sempre pintado de modo definido, ressaltando sua impetuosidade e virilidade. A ausência de mulheres entre os artistas da corrente se deve tanto ao seu caráter de “obra de exposição”, sendo a pintura feminina tradicionalmente associada à decoração doméstica, quanto ao tipo de estudo necessário para a sua realização, interdito às mulheres por demandar treinamento com modelos nus, indispensável para o grau de detalhamento anatômico com que se devia demonstrar a força de seus heróis (SIMIONI, 2002:146). Assim, o quadro de Georgina representa um marco na história da arte nacional.

Além disso, a obra também é relevante por motivos formais, de caráter estético. Basta comparar a *Sessão do Conselho de Estado* com a obra clássica de Pedro Américo sobre o mesmo tema, *Independência ou Morte*, para que se perceba o desafio lançado por Georgina de Albuquerque ao “contexto mental” do academicismo:



Figura 15 – *Independência ou Morte*, Pedro Américo (1888)

O quadro de Pedro Américo enfoca a imagem na figura de D. Pedro, representado ao topo e no centro do quadro com a espada erguida, dando o brado da independência. Ao seu redor se encontra um exército de homens a cavalo, além de trabalhadores semi-despidos, cujos músculos (tanto dos homens quanto dos animais) sobressaem iluminados em pinceladas claras, suaves e bem definidas. A pintura de Georgina se contrapõe a essa estética em vários aspectos, ressaltados esquematicamente por Ana Paula Simioni:

a) pela adoção de uma imagem inovadora, uma vez que centrada em um personagem feminino [...]; b) a sua composição, construída a partir de uma inversão do *modus operandi* tradicional, em que acima estão dispostos os figurantes, em vez de os protagonistas; c) pela feitura, diversa daquela "estética do acabado" [...] que bem define o estilo acadêmico (2002:145).

Pode-se acrescentar a essas características o intenso colorido alaranjado, além das fortes pinceladas sem preocupação com a perfeição de acabamento ou ilusão de realidade, que aproximam a obra do estilo impressionista em voga na Europa desde o final do século XIX. No entanto, a temática histórica, o modelo de enquadramento dos personagens, a dimensão do quadro e a preocupação com a fidedignidade dos rostos são características inquestionavelmente acadêmicas, o que faz com que a *Sessão do Conselho de Estado* tenha de ser classificada como uma solução de compromisso entre a temática acadêmica e o estilo impressionista, a caracterizar a “discreta ousadia” (conforme a expressão de SIMIONI, 2002) de sua autora – conservadora na linguagem, audaz na subversão social e estética do gênero.

Entretanto, o mais interessante para o tema que se pretende discutir neste trabalho não são nem os atributos formais nem o contexto social em que o quadro foi produzido, mas o seu conteúdo. Afinal, ele contraria o imaginário oficial da construção do Estado brasileiro (representado na tela de Pedro Américo) ao retratá-lo não como uma decisão provocada pelo ímpeto da indignação, ou como uma conquista bélica, mas como resultado de um planejamento sereno⁷², de uma lenta articulação política realizada por diplomatas cuja força advém do intelecto, e não do vigor físico guerreiro.

A se admitir como verdadeira a representação que Georgina faz da Independência, a construção e a estabilização de um Estado nacional brasileiro não poderiam ser compreendidas como consequência automática do rompimento dos laços que nos prendiam a Portugal; muito menos como a simples declaração de situação fática já existente, como se o Brasil já dispusesse de estrutura administrativa, política e cultural capazes de atuar independentemente das ordens emanadas da Metrópole. Pelo contrário, a autonomia política do Brasil teria sido resultado de um longo processo de construção das bases necessárias à garantia da unidade, integridade e estabilidade de uma organização política verdadeiramente nacional, dentro do qual a regularidade da ação governativa é que teria desempenhado o papel essencial.

⁷² Basta comparar as feições dos personagens no quadro de Pedro Américo com as feições dos personagens no quadro de Georgina.

Dessa forma, o quadro parece simbolizar com preciosa lucidez a tese que se pretende apresentar nesta etapa da pesquisa. Tomando como ponto de partida as “mil palavras” da imagem pintada por Georgina de Albuquerque, esta segunda parte do trabalho pretende demonstrar como a reelaboração do direito administrativo promovida pelo discurso jurídico nacional não se faz como forma de organização jurídica de um novo dispositivo de poder, como ocorria na Europa dos séculos XVIII e XIX; pelo contrário, em nosso país o direito administrativo parece ter sido apenas mais um dentre vários instrumentos, utilizados por aqueles mesmos diplomatas e técnicos de gabinete, para dar andamento ao lento e longo processo de construção de um Estado para o país que havia sido inventado.

Sustentar uma afirmação desse tipo significa reivindicar a especificidade e a densidade histórica da gênese do direito administrativo nativo, ao qual deixaria de ser aplicável o esquema explicativo elaborado para a Europa pós-revolucionária. Afinal, a seqüência *palavra-coisa/direito*⁷³ deixaria de fazer sentido no contexto brasileiro, onde a aparição do direito administrativo não parece poder ser compreendida como fenômeno posterior ou simultâneo ao desenvolvimento de um governo por administração, mas como seu *pressuposto* e *elemento gerador* – em uma seqüência *palavra-direito-coisa*, para se manter a simplicidade esquemática.

Reconhece-se, desse modo, que o desenvolvimento da nova disciplina jurídica no país não é apenas resultado da importação e implantação de um discurso científico alienígena em nosso direito – quer se parta dessa afirmação para sustentar a sua plena adequação ao nosso contexto histórico-cultural, quer se a tome como premissa para sustentar a já antiga tese das “idéias fora do lugar” da elite bacharelesca liberal do século XIX. Antes, parece ter sido parte da solução encontrada pelos grupos envolvidos com a construção de um Estado ainda inexistente para o país recém-criado, que conscientemente se utilizaram da novíssima espécie discursiva como alicerce jurídico constituinte da nova Nação – que teria muita dificuldade para encontrá-lo em outro lugar, diante do vácuo gerado pela impossibilidade de rompimento radical com o passado, assim como de sua continuidade integral, em razão das circunstâncias como se deu o processo de independência do Brasil.

⁷³ Ver *supra*, capítulo 3.1.

Para verificar a pertinência dessa tese, esta segunda parte da pesquisa será dedicada a um estudo aprofundado das principais formas de manifestação da ciência do direito administrativo no Brasil Imperial, de modo a apresentar um panorama geral de seu conteúdo e uma análise crítica de suas funções e efeitos. Não havendo, ainda, uma periodização estabelecida na historiografia nacional, propõe-se o reconhecimento de quatro etapas distintas de desenvolvimento da ciência do direito administrativo brasileiro, que parecem corresponder às diferentes funções cumpridas por este saber especializado no interior do dispositivo de poder vigente no país durante o período delimitado como objeto da pesquisa.

A partir de três grandes campos de investigação identificados *a priori* como possíveis campos de circulação da ciência do direito administrativo no país (a produção jurisprudencial do Conselho de Estado, o discurso científico produzido nas faculdades de Direito do país e o saber jurídico erudito e profissional que organiza a disciplina em um *corpus* sistemático de conhecimento), foi possível construir uma visão panorâmica de quatro grandes períodos de desenvolvimento da disciplina no Brasil, correspondentes às diferentes funções desempenhadas pelo discurso jus-administrativista em nossa sociedade durante o século XIX: uma primeira fase, entre 1822 e 1854, que se decidiu denominar “pré-história” por ainda não se utilizar do vocabulário técnico-conceitual típico do direito administrativo, embora o discurso jus-publicista já cumprisse função similar a que viria a ser cumprida pela disciplina na fase seguinte; uma segunda fase, que constitui a essência do objeto de pesquisa, entre 1854 e 1879, de formação do direito administrativo brasileiro, em que ele parece cumprir a função principal de atribuição de um fundamento de legitimidade ao novo Estado brasileiro; uma terceira fase, entre 1879 e 1891, em que o direito administrativo já havia se consolidado como disciplina científica, contribuindo para a construção de uma estrutura administrativa para o Estado brasileiro; e uma quarta fase, que tem início em 1891 e se estende pelo menos até 1895 (termo final do período delimitado para a presente investigação), em que o direito administrativo brasileiro parece se aproximar do europeu, passando a cumprir uma função de disciplinarização da vida social urbana. Estas duas últimas fases serão examinadas em um mesmo capítulo, dedicado à análise do modo como se desenvolve o direito administrativo brasileiro em sua trajetória rumo ao século XX.

É prudente advertir que nem sempre será possível tratar com o mesmo grau de profundidade cada um dos três campos de análise selecionados. Isso porque a sua importância varia no tempo, verificando-se concretamente a prevalência de um e a total irrelevância de outro como fonte de pesquisa em cada período histórico; possuem, além disso, graus de complexidade distintos, de modo que pode ser necessário que nos detenhamos por mais tempo em um deles, em detrimento dos demais. Não obstante, buscaremos avaliar o teor da colaboração de cada um desses campos na gênese de um direito administrativo nacional, de modo a obtermos um panorama geral que reflita com honestidade os obstáculos da pesquisa científica e o emaranhado assimétrico do tecido histórico, mas também os percalços que caracterizam o processo de formação de uma ciência brasileira do direito administrativo.

Assim, o próximo capítulo desta parte da pesquisa terá como foco a atuação jurisprudencial do Conselho de Estado, principal fonte de acesso à discussão realizada sobre o direito público, de modo geral, e administrativo, em particular, no período entre 1822 e 1854; o capítulo seguinte, dentre todos o mais importante, será dedicado a uma análise dos compêndios de direito administrativo publicados por autores brasileiros no período entre 1822 e 1879, no qual se forma, efetivamente, uma ciência brasileira do direito administrativo; e o último capítulo será dedicado a uma análise das transformações sofridas por esse discurso erudito até o início da República, tomando-se como principal fonte de pesquisa os programas de ensino das faculdades de Direito do país – diante da escassez de livros publicados sobre o assunto entre 1879 e 1895.

4.2 Pré-História (1822-1854): a invenção de um Estado para a Nação

A análise do papel desempenhado pela ciência do direito administrativo na segunda metade do século XIX exige, necessariamente, uma compreensão do contexto em que se formou a disciplina em nosso país. Apenas com uma observação atenta do estado em que se encontrava a discussão sobre a administração brasileira quando da introdução da disciplina em nosso círculo acadêmico se pode compreender o seu significado para a história do direito e do processo de construção do Estado no país.

Por esse motivo, iniciamos esta parte do trabalho com um estudo do período imediatamente anterior ao da efetiva formação de um direito administrativo nacional, com o quê se pretende tomar conhecimento do estado das questões discutidas no âmbito da administração pública previamente à inserção do direito administrativo em nossa cultura jurídica.

Existe, porém, um problema de método na tentativa de acesso ao discurso jus-administrativo nacional no período entre 1822 e 1854: ocorre que, uma vez que a disciplina ainda não fazia parte do currículo das faculdades de Direito do país, não existia, ainda, um campo privilegiado para a circulação desse discurso especializado, o que representa um obstáculo ao seu mapeamento. É sempre essa a dificuldade de se estudar a “pré-história” de qualquer coisa; tratando-se, ainda, de um período “preliminar” àquele em que a coisa passou a existir, não há uma *história* que se possa investigar, sendo forçoso o acesso indireto ao objeto que falta através de uma análise paralela à que se realiza em relação ao objeto de estudo principal.

Desse modo, o estudo sobre o período imediatamente anterior àquele em que se verifica a construção de um efetivo direito administrativo nacional não poderá tomar como objeto de pesquisa o ensino da disciplina nas faculdades ou a produção doutrinária sobre o assunto (ainda inexistentes), devendo se focar em uma análise atenta da produção jurídico-política emanada do Conselho de Estado no Brasil.

É interessante ressaltar que com essa abordagem se resolvem dois problemas: por um lado, torna-se possível o acesso às discussões travadas sobre a administração pública brasileira em um período no qual elas não haviam, ainda, alcançado um *status* acadêmico – e assim não dispunham de um campo de circulação privilegiado que representasse um ponto de fácil acesso a esse discurso; por outro, torna-se possível enfrentar uma questão sempre presente no pano de fundo da discussão sobre a

formação do direito administrativo brasileiro: a questão do papel desempenhado pela jurisprudência de nosso Conselho de Estado na constituição de um saber jurídico especializado sobre a matéria.

Percebe-se, assim, que a instituição é um ponto de observação obrigatório para a nossa investigação, não apenas por sua correspondência estratégica ao ente similar francês, a que se atribui a elaboração jurisprudencial dos principais fundamentos do direito administrativo no ocidente, mas também porque a própria dogmática jurídica costuma lhe atribuir a responsabilidade pela criação de um direito administrativo nacional.

O Conselho de Estado surge, com seu formato moderno, na França, no ano de 1799. Criado como resultado da radical reforma institucional promovida pela Revolução de 1789, insere-se no projeto de construção de um Estado Administrativo, marcado pela idéia de uma administração centralizada, racional e uniforme, que fosse forte o bastante para se sobrepôr aos particularismos na satisfação do interesse público, mas agindo sempre com base na lei – que, afinal de contas, materializava a “vontade geral”. Nesse período inicial triunfam também os princípios da *justice retenue* e do administrador-juiz, que isolam a Administração de todo controle judicial para lhe permitir que assuma simultaneamente os papéis de juiz e parte de suas próprias causas – sob o argumento de que a proteção do interesse público exige que seja o próprio Estado a julgar os atos praticados por seus agentes.

Nesse contexto, é compreensível que o Conselho de Estado francês se caracterize como instituição essencialmente administrativa, assumindo a função que marcaria suas atividades durante toda a sua existência: a de órgão controlador da legalidade dos atos praticados pela Administração Pública – anulando atos irregulares, cassando julgamentos dos diretórios de departamento e julgando em primeira e última instância as ações que envolvessem atos praticados pela Administração ou por seus agentes.

Curiosamente, o Brasil incorpora o Conselho de Estado às suas instituições políticas ainda no período do Reino Unido, no ano de 1822. A incorporação é curiosa porque a instituição parece não se adaptar bem ao espírito da monarquia oitocentista, que, afinal de contas, não compartilhava dos ideais de legalização, racionalização e uniformização por quê lutava a burguesia revolucionária francesa. Pelo contrário, o regime de poder vigente durante o início do período Imperial se assemelhava

sobremaneira às práticas do *Ancien Régime*, sendo marcado pela existência de um dispositivo de soberania que buscava muito mais a legitimação do poder do Imperador soberano do que a regulação do poder estatal para uma intervenção de polícia disciplinadora da vida social. É o que se infere de uma simples comparação entre os textos da Constituição Brasileira de 1824 e da Carta Constitucional Francesa de 1814⁷⁴, sua principal influência filosófica, política e jurídica: percebe-se que mesmo sendo uma das constituições menos radicais da França pós-revolucionária (afinal, restaurava a monarquia constitucional após a derrocada do regime napoleônico), a carta de 1814 submetia o poder do monarca à autoridade da lei, enquanto a constituição brasileira reforçava a figura do Imperador como “chave da organização política” e “Chefe Supremo da Nação”, concedendo-lhe o título de que tanto se orgulhava D. Pedro I, de “defensor perpétuo do Brasil”:

Charte Constitutionnelle Française de 1814

DROIT PUBLIC DES FRANÇAIS

Article 4. Leur liberté individuelle est également garantie, personne ne pouvant être poursuivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit.

[...]

Article 14. Le Roi est le chef suprême de l'État, il commande les forces de terre et de mer, déclare la guerre, fait les traités de paix, d'alliance et de commerce, nomme à tous les emplois d'administration publique, et fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'État⁷⁵.

Constituição Política do Império do Brasil

TÍTULO 1º - Do Império do Brasil, seu Território, Governo, Dinastia, e Religião.

⁷⁴ Até o ano de 1834, quando é extinto o primeiro Conselho de Estado brasileiro, a instável França pós-revolucionária conhece nove constituições, mas todas mantêm, em maior ou menor grau, a idéia de organização legal do poder de intervenção dos governantes sobre a vida privada dos indivíduos. São elas: *Constituição de 1791*, que formalizou os resultados da Revolução e instituiu a Monarquia Constitucional (art. 3º); *Constituição do Ano I* (1792), que instituiu a 1ª República (art. 65); *Constituição do Ano III* (1795), que instituiu o Diretório (arts. 6º, 7º, 189); *Constituição do Ano VIII* (1799), que instituiu o Consulado (arts. 44, 54); *Constituição do Ano X* (1802), que instituiu o Consulado vitalício (art. 44); *Constituição do Ano XII* (1804), que instituiu o Primeiro Império (art. 53); *Carta Constitucional de 1814*, que restaurou a Monarquia (arts. 4º, 14); *Ato Adicional às Constituições do Império* (1815), que dá origem ao Governo dos cem dias (arts. 35, 39); e a *Carta Constitucional de 1830*, que funda a Monarquia de Julho (arts. 4º, 14).

⁷⁵ “**Carta Constitucional Francesa de 1814**

DIREITO PÚBLICO DOS FRANCESES

Artigo 4. Sua liberdade individual é igualmente garantida, e ninguém pode ser perseguido ou preso senão nos casos previstos pela lei, e na forma que ela prescreve.

[...]

Artigo 14. O Rei é o chefe supremo do Estado, comanda as forças de terra e de mar, declara a guerra, celebra tratados de paz, de aliança e de comércio, nomeia todos os empregados da administração pública, e elabora os regulamentos e ordenações necessários à execução das leis e à segurança do Estado” (*tradução livre*).

Art. 4. A Dinastia Imperante é a do Senhor Dom Pedro I atual Imperador, e Defensor Perpétuo do Brasil.

[...]

TÍTULO 5º - Do Imperador.

CAPÍTULO I. Do Poder Moderador.

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Cabe recordar que ao texto constitucional se aliava um discurso doutrinário que atribuía ao Imperador a responsabilidade pela própria fundação do Estado Brasileiro, sendo a estabilidade política e a ordem nacional os elementos legitimadores de seu governo.

Apenas estes elementos já devem ser suficientes para sustentar uma suposição inicial de que a incorporação do Conselho de Estado à organização político-administrativa do Brasil Imperial não foi resultado de uma mera transposição da instituição francesa para o nosso sistema jurídico. Pelo contrário, a diferença entre os dispositivos de poder e os princípios de direito público vigentes nos dois países indica ser provável que, apesar da homologia, não havia analogia⁷⁶ entre as funções desempenhadas pelas duas instituições nos regimes políticos de que faziam parte.

Não obstante, a doutrina jus-administrativista atual tende a identificar o Conselho de Estado brasileiro com a instituição francesa, atribuindo-lhe a incerta função de criador de um direito administrativo nacional, com base no qual o Estado poderia intervir sobre a vida social, regulamentando-a e disciplinando-a em função do interesse geral. É o que parecem pensar Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Themístocles Brandão Cavalcanti e Maria Sylvia Zanella di Pietro, ainda que não o digam com todas as letras⁷⁷:

⁷⁶ Os termos são tomados emprestados da biologia evolutiva de Charles Darwin, referindo-se, respectivamente, à situação em que se verifica a existência de órgãos distintos com a mesma origem embriológica (*homologia*), e à situação em que se verifica a existência de órgãos semelhantes, em razão de sua adaptação à execução de uma mesma função (*analogia*) (DARWIN, 2005:514).

⁷⁷ Não obstante, a maioria absoluta dos doutrinadores da matéria se limita a mencionar a criação das primeiras cadeiras de Direito Administrativo nas Faculdades de Direito do país, indicando os autores mais importantes da área – isso quando chegam a discutir a história da disciplina em suas obras. É o que fazem, por exemplo, Caio Tácito (1975), que apenas examina a história da disciplina na Europa; Antônio Queiroz Telles (1995), Hely Lopes Meirelles (2008), Diógenes Gasparin (1995) e José Cretella Jr. (1966, 1989, 1991), que se limitam a discorrer sobre a criação da cadeira nas faculdades de Direito; e Lúcia Valle Figueiredo (2003) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2007), que sequer abordam a história da disciplina em suas obras manualísticas.

O Império do Brasil, constituído sob a égide da centralização e sob a inspiração cultural francesa, **buscou, na administração e no Direito que a Revolução de 1789 desenvolvera, o modelo de várias de suas instituições políticas e jurídicas** (MOREIRA NETO, 2002:55 – *sem grifos no original*).

O Direito Administrativo no Império é toda a construção da Jurisprudência administrativa feita pelo Conselho de Estado em suas diversas fases, é toda a legislação sobre terras, especialmente sobre terrenos de marinha e terras devolutas, é a legislação de águas, de minas, é a legislação sobre concessões ferroviárias e de portos, com traços marcantes e bem definidos, é o regime de garantias de juros, base do nosso desenvolvimento na origem da construção do nosso sistema de estradas de ferro e navegação, etc. (BRANDÃO CAVALCANTI, 1955:25 – *sem grifos no original*).

Foi o Conselho de Estado um dos grandes centros de gravitação dos problemas administrativos no Império, embora, no dizer de Sousa Bandeira, os homens de 1841 mais se houvessem preocupado com o lado político do que com o lado administrativo da questão. [...] O Conselho de Estado, pela sua competência, pelas suas finalidades, pela sua composição, era o órgão específico para uma tarefa dessa ordem, como o foram o Conselho de Estado na França, na Itália e os Tribunais Administrativos dos outros países (BRANDÃO CAVALCANTI, 1955:32 – *sem grifos no original*).

Com o Império há uma divisão de funções entre o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Moderador, os dois últimos concentrados em mãos do Imperador. **Já existia, nessa época, uma administração pública organizada, mas regida praticamente pelo direito privado, que o Conselho de Estado se limitava a aplicar** (DI PIETRO, 2001:42 – *grifos distintos do original*).

Apesar das diferenças de perspectiva e detalhamento, todos os trechos citados têm um ponto em comum: identificam o Conselho de Estado brasileiro com o Conselho de Estado francês, ressaltando semelhanças questionáveis e desconsiderando as diferenças existentes no funcionamento concreto das instituições. Diogo de Figueiredo Moreira Neto é mais sintético, limitando-se a informar que o Brasil buscou no Direito Francês o modelo para suas instituições políticas e jurídicas; A análise de Maria Sylvia Zanella di Pietro é um pouco mais detalhada, já que, embora reconheça o Conselho de Estado como aplicador do direito administrativo brasileiro, ressalva que durante o Império a administração pública era regida predominantemente pelo direito privado⁷⁸; e, por fim,

⁷⁸ Merecem realce também as considerações realizadas pela autora em texto posterior, em que relativiza ainda mais a comparação entre o Conselho de Estado brasileiro e o Conselho de Estado Francês, afirmando que “no Brasil, o Conselho de Estado nunca exerceu função jurisdicional como ocorreu na França e em outros países que adotaram o sistema de dualidade de jurisdição. Aqui, falava-se em *jurisdição administrativa*, mas sem independência em relação ao Poder Executivo. O Conselho de Estado era visto como órgão auxiliar da Administração Pública e funcionava como tribunal administrativo de última instância” (DI PIETRO, 2000).

Themístocles Brandão Cavalcanti é assertivo em sua afirmação de que o direito administrativo brasileiro é resultado da construção jurisprudencial do Conselho de Estado, embora faça referência expressa, poucas páginas depois, ao fato de que “os homens de 1841” se preocupavam mais “com o lado político do que com o lado administrativo da questão”.

Análises que dedicam mais atenção à História do Direito tendem a subscrever a tese da dogmática administrativista, apontando o Conselho de Estado como fonte de uma teoria nacional do Direito Administrativo, a desempenhar papel similar ao da instituição francesa. É o caso do estudo realizado por José Reinaldo de Lima Lopes (2007:17), que ressalta a importância do Conselho de Estado na formação da alta cultura jurídica brasileira, apontando-o como o órgão responsável por decidir em contenciosos administrativos⁷⁹; mais clara é a afirmação de André Barros de Moura (2007:18), que considera que o contencioso administrativo Imperial possui características que o aproximam do sistema de jurisdição nascido na França; no mesmo sentido, o renomado administrativista Dalmo de Abreu Dallari (1970:37) valoriza o papel da instituição no contencioso administrativo, enfatizando a “farta e valiosa jurisprudência” produzida na área; por fim, Lydia Garner (1997:3) insiste na existência de um sistema dual de jurisdição no Brasil Imperial, enfocando a importância da justiça administrativa exercida pelas quatro Seções do Conselho de Estado.

Por outro lado, a maior parte dos historiadores (e uma minoria de jus-historiadores) ressalta o caráter político do Conselho de Estado, sequer considerando a atuação da instituição na construção do Direito Administrativo nacional, ou vinculando-a a uma função precipuamente política e governamental, e não administrativa e executiva. Assim, Maria Fernanda Vieira Martins (2006:210; 2007:332) compreende o Conselho de Estado como instituição essencialmente política, contribuindo para a construção do Estado Nacional ao promover uma centralização do poder nas mãos do Imperador; Eliardo França Teles Filho e Carlos Bastide Horbach (2006:498) demonstram que a instituição garantiu a estabilidade do Estado durante o período Imperial, evitando a sua dissolução pelas facções locais ao amalgamar a função política à função administrativa em suas atividades; Christian Edward Cyril Lynch (2005:53) aponta o fato de que o

⁷⁹ Deve-se reconhecer, porém, que a comparação preferida pelo autor não é a que fazemos no presente trabalho, visto que ele enfatiza muito mais as semelhanças entre a ação do Conselho de Estado brasileiro e a Suprema Corte americana do que com o Conselho de Estado francês (2007:23).

Conselho de Estado reunia a nata da política brasileira, constituindo uma elite centralizadora que limitava os poderes dos representantes das oligarquias regionais; para Odete Medauar (2003:60), o Conselho de Estado era essencialmente órgão de assessoramento do Imperador, não tendo firmado tradição de atuação jurisdicional; José Murilo de Carvalho (2006:357) trata o Conselho de Estado como o “cérebro da monarquia”, examinando com atenção o seu papel na construção de um projeto político nacional; e por fim, o estudo clássico de José Honório Rodrigues (1978:67) enfatiza as atividades políticas do Conselho, referentes à elaboração da Constituição e ao exercício do Poder Moderador.

Não é demais invocar também o testemunho contemporâneo dos membros do Conselho de Estado que o estudaram com mais profundidade – Paulino José Soares de Sousa (Visconde de Uruguai), que se ressentia de uma excessiva mistura entre as funções políticas e administrativas do conselho, e José Antônio Pimenta Bueno (Marquês de São Vicente), que enxerga a instituição como coadjuvante do Imperador nos assuntos da política e da administração:

O Conselho de Estado em Portugal é, porém, como o nosso, e como já vimos, político e administrativo. Provém isso de que tendo a sua Constituição um poder real ou moderador como a nossa, acumularam como nós no mesmo conselho as atribuições de aconselhar o poder Moderador e o administrativo. Coisas tão diferentes! Um Conselho de Estado em uma monarquia representativa deve ser uma corporação exclusivamente ou quase exclusivamente administrativa. A corporação que aconselha o poder Moderador e que é política deve ser distinta, chamem embora a esta Conselho de Estado e àquela o que quiserem (SOUSA, 2002:280 – *sem grifos no original*).

O Conselho de Estado ministra grande coadjuvação nos assuntos da política e da administração, tanto interna quanto externa. [...] Em resumo, é um precioso guia e auxiliar para o governo e para cada um dos ministérios, como a análise de suas atribuições pode melhor demonstrar (PIMENTA BUENO, 2002:336 – *sem grifos no original*).

Percebe-se, em suma, que não existe consenso entre os estudiosos do assunto acerca das funções desempenhadas pelo Conselho de Estado no Brasil Imperial. Há vários motivos que podem explicar a grande pluralidade de interpretações distintas sobre a função desempenhada pela instituição: diferenças de abordagem, que podem tender a enfatizar aspectos políticos ou jurídicos de sua atuação; diferenças de periodização, sendo possível que as diferentes interpretações sugiram uma transformação no papel do

Conselho de Estado durante os quase setenta anos de sua existência; diferenças no material selecionado para a análise, que pode se debruçar sobre a atuação do Conselho Pleno ou sobre as Seções do Conselho de Estado, criadas após sua reestruturação em 1842; e até mesmo dificuldades de compreensão dos aspectos técnico-jurídicos ou do contexto político em que se estruturava e atuava o Conselho.

É imprescindível, portanto, que todos os passos deste campo da pesquisa sejam orientados pela mais atenta cautela metodológica, de modo a não nos perdermos nos labirintos que geraram conclusões tão díspares como as das interpretações anteriores. Assim, o presente capítulo limitará o seu estudo apenas à primeira fase de existência do Conselho de Estado no Brasil (1822-1834), tomando as atas do Conselho Pleno como ponto privilegiado de observação. No período o Conselho ainda não era dividido em seções, como veio a ocorrer posteriormente, o que nos permite considerar que as atas refletiam com bastante clareza a sua atuação concreta. Com base nestas atas se buscou compreender especificamente o papel da instituição na construção de um discurso nacional sobre o direito administrativo, levando-se em consideração as circunstâncias em que esse discurso é produzido e as funções políticas que ele pode ter desempenhado nesse contexto.

Na verdade, mesmo a primeira fase de atuação do Conselho de Estado no Brasil Imperial pode ser dividida em três períodos claramente distintos: o primeiro, de 2 de junho de 1822 a 20 de outubro de 1823, em que a instituição ainda se denominava *Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil*; o segundo, entre 13 de novembro de 1823 e 1º de abril de 1831, já com a denominação consolidada de *Conselho de Estado*; e o terceiro, entre 9 de abril de 1831 e 5 de agosto de 1834, na fase da Regência, quando é dissolvido pelos liberais. Estudemos separadamente os três períodos, de modo a compreendermos as especificidades de funcionamento e os diferentes papéis desempenhados pela instituição nessa fase de sua existência.

A) O Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil (1822-1823)

O Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil foi criado pelo Decreto de 16 de fevereiro de 1822, redigido por José Bonifácio pouco antes da declaração de independência, em atendimento ao pleito das províncias de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais, que solicitavam ao príncipe regente que se recusasse a

retornar a Portugal, permanecendo no Brasil e criando um conselho de representação local.

Tendo decidido atender ao primeiro pedido em 9 de janeiro de 1822 (o Dia do Fico), D. Pedro I atendeu ao segundo pelo Decreto de 16 de fevereiro, que criou o Conselho de Procuradores-Gerais com os objetivos declarados de garantir um centro de união para o país, defender a sua integridade, liberdade e felicidade, e garantir a representação interina das províncias na organização do sistema constitucional brasileiro.

Observa-se, de imediato, que não foi dada ao Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias a estrutura de um Conselho de Estado “moderno” (napoleônico), tendo sido criado muito mais como instância de representação local no governo central do que como órgão auxiliar do Executivo na organização da administração pública. O decreto previa inclusive a representação proporcional das províncias conforme a quantidade de deputados enviados às cortes portuguesas⁸⁰, determinando que a nomeação dos deputados seria feita pela maioria dos eleitores de paróquia nas cabeças de comarca, que poderiam removê-los caso não desempenhassem adequadamente suas obrigações – o que ressalta o caráter representativo da instituição.

Porém, tampouco pode o Conselho ser considerado uma instituição puramente representativa, visto que o Decreto de 16 de fevereiro atribuía ao príncipe regente a sua presidência, e garantia assento e voto no Conselho a todos os ministros e secretários de Estado. Tal fator, aliado à inexistência de representação real no Conselho da maior parte das províncias, que se recusaram ou demoraram demais na indicação de seus procuradores⁸¹, aumentava o vínculo da instituição com o governo central e reduzia imensamente seu potencial de representação dos interesses locais.

⁸⁰ Um conselheiro para as províncias com até quatro deputados nas cortes; dois conselheiros para as províncias que tivessem enviado entre quatro e oito deputados; e três conselheiros para as províncias com mais de oito deputados em Portugal.

⁸¹ Enviaram representantes as províncias Cisplatina (Lucas José Obes, em 02 de junho de 1822) do Rio de Janeiro (José Mariano Azeredo Coutinho e Joaquim Gonçalves Ledo, em 02 de junho de 1822), Minas Gerais (José de Oliveira Pinto Botelho Mosquera e Estevão Ribeiro de Rezende, em 10 de junho de 1822, e Manuel Ferreira da Câmara Bittencourt e Sá, em 16 de novembro de 1822), Espírito Santo (José Vieira de Matos, em 23 de junho de 1822), Santa Catarina (Joaquim Xavier Curado, em 03 de julho de 1822), São Paulo (Antônio Rodrigues Veloso de Oliveira, em 15 de julho de 1822, e Manoel Martins do Couto Reis, depois de abril de 1823), Rio Grande do Sul (Antônio Vieira da Soledade, em 23 de setembro de 1822), Paraíba (Manuel Clemente Cavalcanti de Albuquerque, em 16 de novembro de 1822) e Goiás (Manuel Rodrigues Jardim, em 1º de fevereiro de 1823). Deixaram de enviar representantes as províncias do Grão-Pará, Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Pernambuco, Alagoas, Bahia e Mato Grosso.

A natureza híbrida verificada na estrutura do Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias pode ser percebida também em suas atribuições legais, entre as quais se encontravam concomitantemente atividades relativas ao desempenho do governo central, à Administração e à representação dos interesses provinciais:

Serão as atribuições deste Conselho: 1º, Aconselhar-me todas as vezes, que por mim lhe for mandado, em todos os negócios mais importantes e difíceis; 2º, examinar os grandes projetos de reforma, que se devam fazer na Administração Geral e particular do Estado, que lhe forem comunicados; 3º, propor-me as medidas e planos, que lhe parecerem mais urgentes e vantajosos ao bem do Reino Unido e à prosperidade do Brasil; 4º, advogar e zelar cada um dos seus Membros pelas utilidades de sua Província respectiva.

Percebe-se, assim, que o Conselho de Estado foi construído com a estrutura e as atribuições adequadas ao desempenho de uma função bastante específica, resultado da fusão de suas características simultaneamente representativas e governativas: *garantir a unidade e a integridade do Brasil e a legitimidade do governo central brasileiro, além de promover uma concentração dos poderes nas mãos do Imperador, reduzindo a força dos órgãos de representação parlamentar burguesa*. Tais objetivos seriam realizados através da participação dos representantes locais na tomada das decisões mais importantes (inciso 1º); da organização de uma burocracia de Estado nacional (inciso 2º); da busca da prosperidade do Brasil como elemento de legitimação do governo e afirmação de sua autonomia em face de Portugal (inciso 3º); e da proteção dos interesses locais *por intermédio* (e não “em face”) do poder central (inciso 4º). Cabe verificar se o Conselho efetivamente cumpriu essas missões durante sua atuação concreta.

Designados os representantes de apenas duas províncias, mas “urgindo a salvação do Estado” que se instalasse o Conselho o quanto antes, o Decreto de 1º de junho de 1822 contradisse regra expressa do Decreto de 16 de fevereiro (que exigia a reunião dos procuradores de pelo menos três províncias para o início das atividades) e o convocou para o dia seguinte, quando se iniciaram as sessões com a presença dos procuradores José Mariano de Azeredo Coutinho, Joaquim Gonçalves Ledo (Rio de Janeiro) e Lucas José Obes (Cisplatina), acompanhados dos ministros José Bonifácio de Andrade e Silva (do Império e Estrangeiros), Caetano Pinto de Miranda Montenegro (da Justiça), Joaquim de Oliveira Álvares (da Guerra) e Manuel Antônio de Farinha (da Marinha), além do próprio príncipe regente, D. Pedro de Alcântara.

Já na ata da primeira sessão é possível encontrar elementos que demonstram a intenção do Conselho de cumprir a missão política que lhe fora atribuída, com o discurso inaugural de D. Pedro afirmando expressamente que seria necessário conhecer a vontade dos povos para “sustentar a integridade da Monarquia”:

As Representações de São Paulo, Rio de Janeiro, e Minas Gerais, que Me pediam que ficasse no Brasil, também Me deprecavam a criação de um Conselho de Estado. [...]. Foi inexplicável o prazer que a Minha Alma sentiu quando estas representações chegaram à Minha Presença, porque então conheci que a vontade dos Povos era não só útil, mas necessária para sustentar a integridade da Monarquia em geral, e mui principalmente do grande Brasil de quem sou filho (D. Pedro de Alcântara, 1ª Sessão do Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil, 2 de junho de 1822, *in*: RODRIGUES, 1973-1978, vol. 1:44).

O discurso inicial do príncipe regente indica as funções a que estava destinado o Conselho de Procuradores-Gerais desde o período pré-independência, certamente reforçadas após o 7 de setembro: não um tribunal administrativo, como o Conselho de Estado francês; não um órgão de regulação das intervenções do Executivo sobre a vida privada dos indivíduos; não um instrumento de disciplinarização da sociedade; mas, acima de tudo, um veículo de exercício do poder soberano para a garantia da unidade, da legitimidade e da autonomia do governo nacional brasileiro.

Uma abordagem panorâmica das discussões travadas nas reuniões do conselho pleno apenas confirma a intuição. O Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil funcionou por quase dois anos, tendo sido criado pelo já mencionado Decreto de 16 de fevereiro de 1822 e extinto pela Lei de 20 de outubro de 1823, quando a organização da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Brasil tornou redundante a sua existência como órgão de representação local. Durante esse período o Conselho se reuniu 29 vezes, entre os dias 02 de junho de 1822 e 07 de abril de 1823, tendo debatido um total de 49 temas⁸² que podem ser classificados conforme o seu conteúdo na forma exposta no quadro abaixo:

Quadro 1 – Atas do Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil (1822-1823)⁸³

⁸² Levou-se em consideração a quantidade de sessões em que cada um dos temas aparece, mas não foi computada a abordagem do mesmo tema por mais de uma vez na mesma sessão. Como cada sessão aborda mais de um tema, a quantidade de temas discutidos é superior à quantidade de sessões ocorridas.

⁸³ Total de 29 sessões, ocorridas entre 2 de junho de 1822 e 7 de abril de 1823.

| TEMAS GERAIS | TEMAS ESPECÍFICOS | QUANTIDADE | PERCENTUAL ⁸⁴ | PERCENTUAL GERAL ⁸⁵ |
|---|-------------------------------------|------------|--------------------------|--------------------------------|
| CONSTRUÇÃO DO ESTADO⁸⁶ | Independência | 16 | 32,65% | 71,41% |
| | Organização do Conselho de Estado | 10 | 20,40% | |
| | Organização da Assembléia Geral | 6 | 12,24% | |
| | Organização da Burocracia de Estado | 3 | 6,12% | |
| QUESTÕES POLÍTICAS | Segurança Interna ⁸⁷ | 6 | 12,24% | 12,24% |
| ADMINISTRAÇÃO INTERNA⁸⁸ | Relações com as Províncias | 2 | 4,08% | 10,2% |
| | Finanças Públicas | 3 | 6,12% | |
| DEBATES JURÍDICOS | Direito Administrativo | 0 | 0% | 0% |
| OUTROS | Assuntos Pessoais do Imperador | 1 | 2,04% | 6,12% |
| | Outros ⁸⁹ | 2 | 4,08% | |
| TOTAL | - | 49 | 100% | 100% |

⁸⁴ Percentuais aproximados.

⁸⁵ Percentuais aproximados.

⁸⁶ Estes temas se referem diretamente a atos de Governo do Imperador, sendo correspondentes ao exercício do que viria a ser o “Poder Moderador”, na Constituição de 1824.

⁸⁷ Crimes de opinião, insurreições, crises políticas.

⁸⁸ Trata-se de temas de caráter propriamente administrativo. Combinados com os temas indicados como “Questões Políticas”, compõem as atribuições do que viria a ser o “Poder Executivo”, na Constituição de 1824.

⁸⁹ “Diferentes matérias”, não especificadas nas atas.

| | | | |
|-----------------------------------|----------------------------------|---|---------------|
| MATÉRIA ADMINISTRATIVA | Finanças, Burocracia, Direito | 8 | 16,32% |
|-----------------------------------|----------------------------------|---|---------------|

A análise do quadro demonstra com clareza o tipo de temas discutidos nas sessões do Conselho de Procuradores: essencialmente assuntos relacionados à construção de um Estado Nacional brasileiro. E nem poderia ser diferente, levando-se em consideração o contexto em que desempenhou suas atividades – o período pré e pós-independência. É dessa forma que mais de 30% das discussões se referem diretamente à Independência do país, e o percentual aumenta quando levamos em consideração os debates relacionados ao apaziguamento de insurreições e à construção de uma administração para o estado brasileiro, chegando a mais de 80% do total.

Por outro lado, cai por terra a suposição inicial do Conselho como instância de representação dos interesses locais, em vista da existência de apenas duas discussões relativas a assuntos das províncias, o que equivale a menos de 5% do total de debates travados na instituição. Talvez fosse mais acertado tratar o Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias não como um órgão de representação local, mas de *participação das elites locais* na organização do governo central, o que paradoxalmente contribuiria para gerar mais *centralização, unidade e homogeneidade*.

Percebe-se, também, que se aproximadamente 16% dos debates podem ser de alguma forma relacionados às finanças públicas e à burocracia, não há, no período, absolutamente nenhuma discussão de caráter jurídico – quanto mais de direito administrativo –, o que explicita as enormes diferenças de função entre o conselho brasileiro e o Conselho de Estado que havia sido criado na França pós-revolucionária, contrariando a opinião de grande parte dos autores que têm estudado o tema.

Em vez de desempenhar a função jurídico-administrativa de contribuir para a formação de um direito administrativo nacional pela construção de uma jurisprudência acerca das relações entre o governo e os particulares, o Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil parece ter desempenhado uma função de caráter essencialmente político: construir uma estrutura estatal independente da estrutura administrativa portuguesa; produzir legitimidade para o governo nacional de D. Pedro I; e assegurar a “unidade, integridade, liberdade e felicidade” do recém-criado Império do Brasil.

B) O Conselho de Estado no Primeiro Reinado (1823-1831)

Apesar de ter sido breve o período de existência do Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil, ainda mais breve foi o tempo durante o qual deixou de existir, tendo sido recriado menos de um mês após a sua extinção em 20 de outubro, no dia seguinte à dissolução da Assembléia Constituinte, pelo Decreto de 13 de novembro de 1823 – agora com a denominação de *Conselho de Estado*.

A intenção declarada no decreto era que o Conselho de Estado substituísse a Assembléia Constituinte na elaboração de um projeto de constituição, a ser redigido “com sabedoria, luzes, civilização e adequação às especificidades nacionais”. Além disso, previa também ser tarefa do Conselho “tratar dos negócios de maior monta”, nomeando como conselheiros, além dos seis ministros de Estado que haviam mantido o título e a função pelo Decreto de 20 de outubro⁹⁰, o desembargador do Paço Antônio Luiz Pereira da Cunha e os Conselheiros da Fazenda José Joaquim Carneiro de Campos, Manoel Jacinto Nogueira da Gama e José Egídio Álvares de Almeida.

O período inicial das atividades do Conselho parece ter sido efetivamente devotado à elaboração de um projeto de constituição para o Brasil, e a sua outorga, em 25 de março de 1824, ao mesmo tempo em que liberou as sessões para que se tratasse de outros “negócios de maior monta”, revestiu o Conselho de Estado de nova dignidade jurídica, atribuindo-lhe o caráter de instituição constitucional e modificando-lhe a estrutura e as atribuições.

A primeira modificação relevante promovida pela Constituição de 1824 na estrutura do Conselho é a exclusão dos Ministros de Estado como seus membros natos. Os arts. 138 e 139 fixavam em dez o número de Conselheiros, determinando que os ministros não poderiam ser reputados Conselheiros de Estado sem especial nomeação do Imperador para o cargo. Não obstante, D. Pedro I mantém os Conselheiros que haviam sido indicados no Decreto de 13 de novembro de 1823.

A Constituição prescreve ainda que os Conselheiros seriam nomeados diretamente pelo Imperador (art. 137), assumindo o cargo em caráter vitalício, e podendo ser

⁹⁰ João Severiano Maciel da Costa (Ministro do Império), Luís José de Carvalho e Melo (Ministro dos Estrangeiros), Clemente Ferreira França (Ministro da Justiça), Mariano José Pereira da Fonseca (Ministro da Fazenda), João Gomes da Silveira Mendonça (Ministro da Guerra) e Francisco Vilela Barbosa (Ministro da Marinha).

responsabilizados por conselhos opostos às leis e ao interesse do Estado (art. 143, posteriormente regulamentado pela Lei de Responsabilidade dos Ministros, Secretários e Conselheiros de Estado, de 15 de outubro de 1827).

No art. 142 são enumeradas as atribuições do Conselho de Estado, que deveria ser ouvido em todos os negócios graves, nas medidas gerais de “pública Administração” e para o exercício do Poder Moderador:

Art. 142. Os Conselheiros serão ouvidos em todos os negócios graves, e medidas gerais da pública Administração; principalmente sobre a declaração da Guerra, ajustes de paz, negociações com as Nações Estrangeiras, assim como em todas as ocasiões, em que o Imperador se proponha exercer qualquer das atribuições próprias do Poder Moderador, indicadas no art. 101, à exceção da IV.

Nota-se que, se por um lado foi mantida a competência geral para aconselhamento em “negócios graves” (“de maior monta” no Decreto de 13 de novembro de 1823; “importantes e difíceis” no Decreto de 16 de fevereiro de 1822), por outro foram acrescentadas duas atribuições que não eram previstas nas encarnações anteriores do Conselho: o dever de manifestação sobre “medidas gerais da pública Administração” e para o exercício do Poder Moderador.

Quanto à primeira novidade, é preciso que se faça uma ressalva semântica: a expressão “pública Administração” não pode ser compreendida da mesma forma como compreendemos atualmente o conceito de “Administração Pública”. A identificação apressada das duas expressões distintas pode conduzir a conclusões errôneas acerca das atividades desempenhadas pelo Conselho de Estado no Primeiro Reinado. Não se pretendia, com a regra, que a instituição participasse de decisões de caráter executivo-administrativo, que afinal de contas estavam reservadas constitucionalmente ao Ministério (arts. 102 e 132); trata-se de medidas gerais de *governo*, de caráter essencialmente *político*, como se percebe com a exemplificação fornecida pelo próprio texto constitucional: “declaração de Guerra, ajustes de paz, negociações com as Nações Estrangeiras”. Desse modo, ainda que a expressão se referisse a atribuições típicas do Poder Executivo (art. 102, VII, VIII, IX), designava muito mais as relações políticas do governo com a comunidade internacional do que a sua atuação administrativa interna em relação a cidadãos particulares.

Quanto à segunda novidade, decorrente da própria reorganização de poderes promovida pela carta constitucional, vincula fortemente o Conselho de Estado ao

exercício do Poder Moderador, determinando que o Conselho deveria ser ouvido previamente em todas as ocasiões em que o Imperador pretendesse exercer os poderes previstos no art. 101 da Constituição – com a precisa exceção do direito de intervenção do Poder Moderador sobre o Poder Executivo para a demissão dos Ministros de Estado (prevista no inciso VI do dispositivo):

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador

I. Nomeando os Senadores, na forma do Art. 43.

II. Convocando a Assembléia Geral extraordinariamente nos intervalos das Sessões, quando assim o pede o bem do Império.

III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléia Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.

IV. Aprovando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciais: Arts. 86, e 87.

V. Prorrogando, ou adiando a Assembléia Geral, e dissolvendo a Câmara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando imediatamente outra, que a substitua.

VI. Nomeando, e demitindo livremente os Ministros de Estado.

VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réus condenados por Sentença.

IX. Concedendo Anistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

Percebe-se que a regulamentação constitucional do Conselho de Estado modificou bastante a instituição, reforçando suas características essenciais e facilitando o cumprimento das funções para as quais havia sido criado. Se perde o seu caráter de instituição de representação local, deve-se reconhecer que mesmo o Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias jamais pôde desempenhar a contento essa função, em vista do baixo índice de participação das províncias e da participação dos Ministros com direito a voto, o que o tornava mais uma forma de legitimação da centralização que uma instituição de descentralização do poder político.

Por outro lado, as alterações estruturais reforçam o vínculo do Conselho de Estado com a faceta propriamente *política* da atuação do Imperador (o Poder Moderador), escancarando seu papel de órgão de legitimação do poder soberano exercido pelo governo centralizado na figura do monarca.

Por fim, fica mais clara também a separação (ao menos jurídica) entre o Conselho de Estado e o Poder Executivo, não só pela exclusão – de pouco efeito prático – dos ministros como seus membros natos, mas principalmente pela exclusão da prerrogativa

prevista no art. 101, VI de sua competência deliberativa, vedando-se, assim, que o Conselho interferisse na nomeação ou demissão de Ministros de Estado pelo Imperador.

Dessa forma, a estrutura jurídica criada para o Conselho de Estado pela Constituição de 1824 parece contribuir para uma acentuação ainda maior da função que já era desempenhada pelo Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias: favorecer o exercício da soberania e do Poder Moderador, garantir a legitimação do governo Imperial, promover a concentração dos poderes políticos no centro do novo estado brasileiro e assegurar a unificação do país no conturbado período pós-independência. Cabe verificar se em sua atuação prática o Conselho realmente cumpriu as tarefas que lhe foram atribuídas.

Infelizmente, não dispomos das atas dos debates ocorridos entre 1823 e 1828 para a realização dessa análise. Como explica o Visconde de São Leopoldo, secretário do Conselho, a anotação das deliberações tomadas no Conselho até então havia sido muito irregular, sem que houvesse sequer um livro próprio para o seu registro:

Determinou Sua Majestade Imperial, que sendo mui irregular a forma até aqui praticada na escrituração das deliberações em Conselho de Estado, de ora em diante houvesse um livro próprio para as Atas, as quais seriam assinadas pelos Conselheiros de Estado assistentes, e nelas se faria uma simples menção da afirmativa, ou negativa de cada um, com referência aos votos especificados e fundamentados, que o Conselheiro será obrigado a dar por escrito; cujos votos emendados, e com as notas indicativas das Atas, a que pertencem, andarão sempre apensos ao referido livro: nomeando ao Conselheiro de Estado, Visconde de São Leopoldo, Secretário do dito Conselho, para a redação das atas, e guarda do livro, e papéis a elas concernentes (1ª Sessão registrada do Conselho de Estado, 24 de abril de 1828, *in*: RODRIGUES, 1973-1978, vol. 2:44).

Desse modo, devemos examinar o conteúdo dos debates ocorridos entre 1828 e 1831 para a avaliação do papel desempenhado pelo Conselho de Estado durante o Primeiro Reinado, até a abdicação de D. Pedro I. Durante esse período o Conselho se reuniu 59 vezes, entre os dias 24 de abril de 1828 e 1º de abril de 1831, tendo debatido um total de 76 temas⁹¹, que podem ser classificados conforme o seu conteúdo na forma exposta no quadro abaixo:

⁹¹ Levou-se em consideração a quantidade de sessões em que cada um dos temas aparece, mas não foi computada a abordagem do mesmo tema por mais de uma vez na mesma sessão. Como cada sessão aborda mais de um tema, a quantidade de temas discutidos é superior à quantidade de sessões ocorridas.

Quadro 2 – Atas do Conselho de Estado no Primeiro Reinado (1823-1831)⁹²

| Temas Gerais | Temas Específicos | Quantidade | Percentual⁹³ | Percentual Geral⁹⁴ |
|--|--|-------------------|--------------------------------|--------------------------------------|
| CONSTRUÇÃO DO ESTADO | Organização do Conselho de Estado | 1 | 1,31% | 1,31% |
| EXERCÍCIO DO PODER MODERADOR⁹⁵ | Nomeação de Senadores | 4 | 5,26% | 60,5% |
| | Convocação e Suspensão da Assembléia | 1 | 1,31% | |
| | Sanção de Resoluções da Assembléia | 16 | 21,05% | |
| | Sanção de Resoluções das Províncias | 1 | 1,31% | |
| | Suspensão de Magistrados | 6 | 7,89% | |
| | Perdão, Comutação e Anistia | 18 | 23,68% | |
| EXERCÍCIO DO PODER EXECUTIVO⁹⁶ | Celebração de Tratados Internacionais | 2 | 2,63% | 31,56% |
| | Apresamento de Embarcações | 5 | 6,57% | |
| | Outras Relações Internacionais ⁹⁷ | 7 | 9,21% | |
| | Finanças Públicas | 7 | 9,21% | |

⁹² Total de 59 sessões, ocorridas entre 24 de abril de 1828 e 1º de abril de 1831. Não há registro das sessões realizadas entre 1823 e 1828.

⁹³ Percentuais aproximados.

⁹⁴ Percentuais aproximados.

⁹⁵ Conforme o art. 101 da Constituição de 1824.

⁹⁶ Conforme o art. 102 da Constituição de 1824.

⁹⁷ Especialmente com Portugal e o Uruguai, nesse período.

| | | | | |
|--------------------------|---------------------------------|-----------|-------------|--------------|
| | Segurança Interna ⁹⁸ | 3 | 3,94% | |
| DEBATES JURÍDICOS | Interpretação da Constituição | 2 | 2,63% | 3,94% |
| | Eleições | 1 | 1,31% | |
| | Direito Administrativo | 0 | 0% | |
| OUTROS | Assuntos Pessoais do Imperador | 2 | 2,63% | 2,63% |
| TOTAL | - | 76 | 100% | 100% |

| | | | |
|-------------------------------|-------------------------------|---|--------------|
| MATÉRIA ADMINISTRATIVA | Finanças, Burocracia, Direito | 7 | 9,21% |
|-------------------------------|-------------------------------|---|--------------|

Os dados constantes do quadro parecem confirmar as intuições extraídas da reestruturação jurídica do Conselho de Estado, indicando um reforço das funções principais cumpridas pelo Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias: garantir a unidade nacional através da concentração e legitimação do poder político nas mãos do Imperador.

É claro que não está mais tão presente a preocupação original com a construção de uma estrutura institucional para o novo Estado brasileiro; afinal, em 1828 já havia sido superada a discussão relativa à independência do país, e a organização das instituições já não era uma questão premente como no período entre 1822 e 1823. No entanto, a classificação dos temas discutidos com base nas atribuições constitucionais do Poder Moderador e do Poder Executivo mostra com clareza o aprofundamento da tendência que já havia sido percebida no Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias: o forte vínculo do Conselho de Estado com a atuação do Poder Moderador, e a preocupação com a legitimação do poder soberano do monarca.

⁹⁸ Crimes de opinião, rebeliões, insurreições, crises políticas.

É inquestionável a prevalência de debates relacionados ao exercício do Poder Moderador no período, que correspondem a mais de 60% dos temas abordados nas sessões, enquanto o exercício do Poder Executivo aparece em apenas 31,56% das sessões. Nessa categoria sobressaem as discussões referentes à concessão de perdão, comutação e anistia (23,68%), à sanção de resoluções da Assembléia Geral (21,05%) e à suspensão de magistrados (7,89%).

Quanto à concessão de perdão, comutação e anistia, trata-se de uma das prerrogativas mais tradicionais do exercício do poder real nas sociedades do Antigo Regime. Decorre da caracterização do monarca como responsável pela distribuição da Justiça e, portanto, capaz de restaurar pela equidade o equilíbrio e a ordem natural que tivessem sido violados pelas imperfeições das decisões judiciais. É claro que essa encarnação da Justiça na figura do monarca soberano cumpre um importante papel na legitimação do exercício de sua soberania, na medida em que coloca em suas mãos a responsabilidade pela felicidade do povo e pela manutenção da ordem geral da sociedade. Percebe-se assim a persistência, em uma sociedade que já se pretendia “moderna” (pois constitucional, liberal), de práticas fortemente arraigadas do antigo dispositivo de poder (ainda vigente no país), que atuava muito mais sob o modelo da soberania do que sob o modelo da disciplina – já em instalação na França pós-revolucionária, em parte graças à atuação de seu Conselho de Estado.

A possibilidade de perdão, comutação ou anistia pelo Imperador era apenas a contra-face do exercício de um poder de punição apto a representar pelo excesso a dissimetria dos poderes do monarca, que assim como podia manifestar a grandiosidade de sua força pelo espetáculo do suplício, também podia demonstrar a grandeza de sua magnanimidade pela cerimônia do perdão, capaz de transmutar o criminoso em inocente e fazer desaparecer com ainda mais energia o ato violador da soberania.

A quantidade de vezes em que aparecem, nos debates desse período, discussões referentes à concessão de perdão, graça e anistia, demonstra não só o forte vínculo do Conselho de Estado com o exercício do Poder Moderador, mas também o importante papel desempenhado pela instituição na proteção da legitimidade da soberania do Estado. Quer se concedesse, quer se negasse o pedido, as discussões em torno do tema se referem à determinação da melhor forma de restauração da legitimidade da ordem violada pelo crime, seja pela punição exemplar, seja pela graça magnânima. Assim,

cumprir o Conselho de Estado a função que lhe havia sido implicitamente designada pelo texto constitucional, reforçando a tendência verificada desde 1822: auxiliar a concentrar os poderes na figura do Imperador, garantir a legitimidade do exercício de seu poder, promover a unidade do Estado brasileiro.

Embora se tratasse de tarefa mais burocrática, a atividade de sanção das resoluções emitidas pela Assembléia Geral também demonstra a atuação do Conselho de Estado no sentido do fortalecimento da posição do Imperador e da legitimação do exercício de seu poder político (Moderador). Ao conceder a sanção às resoluções da Assembléia, o Imperador lhes confere o *quantum* de poder faltante para que entrassem em vigor, necessitando a manifestação jurídica⁹⁹ da vontade popular desse elemento de transfiguração capaz de torná-la plena: a concordância daquele que consubstancia fisicamente a soberania, o monarca no exercício do Poder Moderador. Assim se reforçava simbolicamente o seu papel constitucional de “chave de toda a organização política” e “primeiro representante da Nação”, afirmando-se a vontade do Imperador como a única encarnação verdadeira da soberania nacional, sem a qual a sua representação pelo parlamento ficaria incompleta – o quê obviamente também contribuiu para a centralização e a legitimação de seu poder político:

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Por fim, um tema menos presente, mas igualmente importante, é o da suspensão de magistrados pelo Poder Moderador, que aparece em 7,89% das sessões do Conselho de Estado no período. Ainda que a quantidade de vezes em que aparece o tema seja pequena, diante dos mencionados acima, é relevante compreender adequadamente o sentido dessa prerrogativa do Poder Moderador para que se entenda corretamente o papel desempenhado pelo Conselho de Estado no Brasil do Primeiro Reinado.

A relevância do tema decorre da possibilidade de compreensão inadequada do sentido da prerrogativa, que não consubstancia ato administrativo de suspensão de funcionários públicos por desvio de finalidade ou abuso de poder, mas verdadeira medida *soberana* de correção de atos de jurisdição. A ressalva é importante porque a interpretação do assunto com as categorias de nosso presente histórico pode conduzir à

⁹⁹ Ainda que fictícia.

errônea conclusão de que ao deliberar acerca da suspensão de magistrados o Conselho de Estado estaria criando uma regulamentação disciplinar para a Administração Pública nacional, nos moldes do que vinha fazendo o Conselho de Estado francês no mesmo período. Nada seria mais distante da realidade. Na verdade, uma análise qualitativa dos debates travados acerca do tema mostra que a discussão nunca se dá com base em limitações administrativas ao exercício do poder pelo juiz na qualidade de funcionário público, nem mesmo com base em critérios jurídicos; o que se pretende é evitar o *despotismo* e a *arbitrariedade*, a formação de pequenos ditadores locais com poderes suficientes para impor suas vontades à revelia da vontade soberana do Estado – algo absolutamente inadmissível no contexto de organização de um Estado centralizado, e no qual toda a manifestação da Justiça decorria diretamente do esplendor do poder real.

Assim, quem recorre ao Conselho de Estado requerendo a suspensão de magistrados não o faz por razões jurídicas, por não ter tido seus direitos adequadamente protegidos pelo Poder “Judicial” (art. 151 da Constituição de 1824), mas por perceber que o juiz viola limites *naturais* ao exercício de seu poder, tornando-se déspota a ser devidamente corrigido pelo “primeiro representante” da Nação – em ato que simultaneamente protege a liberdade “natural” (no sentido *não-jurídico* da expressão) da Nação e a concentração do poder político nas mãos do soberano, como único representante do *justo*. A explicação pode ser ilustrada com a transcrição dos debates ocorridos em uma das sessões:

[...] O mesmo Ministro [José Clemente Pereira], como encarregado interinamente da Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, propôs, 1º, que havendo o ex-Ouvidor da Comarca do Espírito Santo José Libânio de Souza **arbitrariamente** nomeado a Francisco Coelho de Aguiar para servir o lugar de Juiz de Órfãos, **sem para isso ter obtido os votos** dos eleitores nos Pelouros, de cujo procedimento ofensivo de lei expressa, não se justifica o dito José Libânio [...]; 2º apresentou a súplica de Adão Diedrich contra Francisco José Álvares Carneiro, [...] que interinamente serve de Juiz de Crime dos bairros de São José e Sé, mostrando a **maneira violenta e arbitrária**, porque o fizera despejar da casa nº 36 na Rua da Misericórdia, que tinha de arrendamento sem atenção às formalidades estabelecidas, e **por simples queixa de má vizinhança** [...]; sobre o que foi ouvido o dito Juiz de Fora; 3º a queixa de Vasco Sodré Pereira da Nóbrega contra o Juiz de Fora das Vilas da Ilha Grande e Parati José Joaquim da Silva **por havê-lo prendido sem culpa formada, nem crime algum para isso, meramente por não querer declarar herdeiros** de seu falecido irmão [...] os menores filhos de Maria Teresa, **arbitrariedade que fora provada** [...] pela própria resposta daquele Juiz de Fora; 4º a reclamação de Maurício Miguel Boom, morador na Vila de Campos de Goitacases, pela **prisão despótica que sofrera** por ordem do Juiz de Fora daquela

Vila Sérgio de Souza Pinto de Melo, **unicamente**, como confessa o mesmo Juiz de Fora, **em satisfação ao Capitão-Mor** dela Antônio Manuel Ribeiro, que se reputava insultado pelo fato de tirar aquele Boom uma escrava, a que pretendia ter direito, de uma carroça, em que vinha a família do referido Capitão-Mor, e para a prisão de cuja escrava havia obtido um mandado judicial, bem que declarou o dito Juiz de Fora achar-se cassado por um contramandado: sobre os três primeiros Magistrados concordou o Conselho de Estado em que deveriam ser suspensos; sobre o último divergiram alguns dos Conselheiros de Estado, opinando que deveria ficar adiado [...]. Sua Majestade Imperial Decidiu, que fossem suspensos os quatro mencionados Magistrados [...] (6ª Sessão registrada do Conselho de Estado, 28 de junho de 1828, in: RODRIGUES, 1973-1978, vol. 2:49 – *sem grifos no original*).

Apesar da prevalência das discussões relativas ao exercício do Poder Moderador nas reuniões do Conselho de Estado, deve-se reconhecer que as discussões relativas ao exercício do Poder Executivo também não são negligenciáveis, correspondendo a mais de 30% do total de temas debatidos. A princípio essa quantidade poderia indicar ao menos uma função secundariamente administrativa do Conselho de Estado, a aproximá-lo da instituição original francesa; no entanto, uma análise um pouco mais detalhada demonstra não ser possível essa conclusão, reforçando-se a interpretação que tem sido defendida.

Isso porque a maior parte desse total está relacionada às “medidas gerais de pública Administração” previstas no art. 142 da Constituição, que de fato em nada se aproximam do que compreendemos atualmente por medidas administrativas, tratando-se essencialmente de discussões acerca de relações do Brasil com a comunidade internacional – celebração de tratados (2,63%), apresamento de embarcações (6,57%) e outras relações internacionais (9,21%). Aliados tais temas às discussões sobre segurança interna (3,94%), percebe-se que mesmo entre as atribuições relativas ao exercício do poder executivo a maior parte dos debates continua se referindo a temas políticos, intimamente relacionados com a manutenção da unidade e da autonomia do Império do Brasil, e que traduzem a concepção de *imperium* típica do Antigo Regime, a manifestar-se nas relações com outros Estados, e não em face dos indivíduos governados.

Ressalve-se apenas as discussões relativas às finanças públicas (assunto premente após o pagamento da indenização a Portugal pela independência), que podem ser consideradas mais propriamente administrativas, e correspondem a 9,21% dos debates ocorridos nas sessões. Contudo, em nenhuma das sete ocasiões em que se discute as

finanças públicas o debate se desenvolve em termos jurídicos, o que ocorre apenas quando se discute a interpretação da nova Constituição (2,63% dos casos) e em uma ocasião em que se discute a nulidade das eleições para senador da Província do Rio de Janeiro – ficando clara, assim, a ausência de qualquer contribuição do Conselho de Estado para a construção de um direito administrativo brasileiro no Primeiro Reinado.

C) O Conselho de Estado na Regência (1831-1834)

A abdicação de D. Pedro I em favor do filho e o início do período Regencial, em 7 de abril de 1831, não geraram grandes modificações na estrutura ou no tipo de discussões realizadas no Conselho de Estado. Antes, parecem ter aprofundado ainda mais as características dos períodos anteriores, com um aumento das discussões relacionadas ao exercício do Poder Moderador, e uma quantidade ainda maior de sessões realizadas e temas debatidos. Talvez expliquem o fato a insegurança do governo regencial, em comparação com o governo do Imperador D. Pedro I; a necessidade ainda maior de legitimação do exercício do poder soberano, em face da crise política; e a situação delicada em que se encontrava o Conselho de Estado, objeto de fortes críticas dos liberais por ser visto como resquício do “absolutismo” do Primeiro Reinado.

As únicas transformações que se deixa transparecer nas atas dos debates do Conselho são a substituição do Imperador pela Regência na presidência das sessões, e a concessão de anistia aos crimes políticos em comemoração à abdicação:

[...] Propôs o Ministro, e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça Manuel José de Sousa França, que sendo este um dia dos de maior fausto para o Brasil, pela Exaltação do Imperador o Senhor Dom Pedro 2º ao Trono, em virtude da abdicação do seu Pai o ex-Imperador Dom Pedro 1º, marcando uma época mui gloriosa pela dignidade, e firmeza com que o povo, e tropa desta capital, sustentaram sua Independência, e liberdade, seria muito próprio, que em demonstração de júbilo, e geral entusiasmo se fizessem esquecer os crimes que havia produzido em diversos tempos a divergência de opiniões políticas, assim como chamar para as fileiras do Exército os Militares, que desviando-se de seus deveres tivessem desertado de seus respectivos corpos, concedendo-se-lhes uma anistia (60ª Sessão registrada do Conselho de Estado, 9 de abril de 1831, *in*: RODRIGUES, 1973-1978, vol. 2:93).

Não tendo ocorrido quaisquer alterações relevantes na estrutura jurídica do Conselho de Estado no período Regencial, resta analisar o conteúdo dos debates ocorridos entre 1831 e 1834 para a avaliação do papel que desempenhou até a sua

extinção com o Ato Adicional de 12 de agosto de 1834. Durante esse período o Conselho se reuniu 68 vezes, entre os dias 9 de abril de 1831 e 5 de agosto de 1834, tendo debatido um total de 140 temas¹⁰⁰ que podem ser classificados conforme o seu conteúdo na forma exposta no quadro abaixo:

Quadro 3 – Atas do Conselho de Estado da Regência (1831-1834)¹⁰¹

| Temas Gerais | Temas Específicos | Quantidade | Percentual¹⁰² | Percentual Geral¹⁰³ |
|---|--------------------------------------|-------------------|---------------------------------|---------------------------------------|
| CONSTRUÇÃO DO ESTADO | Organização do Conselho de Estado | 1 | 0,71% | 0,71% |
| EXERCÍCIO DO PODER MODERADOR¹⁰⁴ | Nomeação de Senadores | 5 | 3,57% | 74,26% |
| | Convocação e Suspensão da Assembléia | 10 | 7,14% | |
| | Sanção de Resoluções da Assembléia | 44 | 31,42% | |
| | Sanção de Resoluções das Províncias | 7 | 5% | |
| | Demissão do Ministério | 1 | 0,71% | |
| | Suspensão de Magistrados | 4 | 2,85% | |
| | Perdão, Comutação e Anistia | 33 | 23,57% | |
| EXERCÍCIO DO PODER EXECUTIVO¹⁰⁵ | Tratados Internacionais | 2 | 1,42% | 16,41% |

¹⁰⁰ Levou-se em consideração a quantidade de sessões em que cada um dos temas aparece, mas não foi computada a abordagem do mesmo tema por mais de uma vez na mesma sessão. Como cada sessão aborda mais de um tema, a quantidade de temas discutidos é superior à quantidade de sessões ocorridas.

¹⁰¹ Total de 68 sessões, ocorridas entre 9 de abril de 1831 e 5 de agosto de 1834.

¹⁰² Percentuais aproximados.

¹⁰³ Percentuais aproximados.

¹⁰⁴ Conforme o art. 101 da Constituição de 1824.

¹⁰⁵ Conforme o art. 102 da Constituição de 1824.

| | | | | |
|--------------------------|---|------------|-------------|--------------|
| | Apresamento de Embarcações | 6 | 4,28% | |
| | Outras Relações Internacionais ¹⁰⁶ | 8 | 5,71% | |
| | Segurança Interna ¹⁰⁷ | 7 | 5% | |
| DEBATES JURÍDICOS | Interpretação da Constituição | 3 | 2,14% | 7,13% |
| | Eleições | 3 | 2,14% | |
| | Processo Penal | 4 | 2,85% | |
| | Direito Administrativo | 0 | 0% | |
| OUTROS | Abdicação de D. Pedro I | 2 | 1,42% | 1,42% |
| TOTAL | - | 140 | 100% | 100% |

| | | | |
|-------------------------------|-------------------------------|---|-----------|
| MATÉRIA ADMINISTRATIVA | Finanças, Burocracia, Direito | 0 | 0% |
|-------------------------------|-------------------------------|---|-----------|

A análise dos dados torna clara a continuidade e o aprofundamento das tendências verificadas no período anterior. Fica ainda menor a preocupação com a construção de uma estrutura institucional para o Estado brasileiro (característica do período da Independência), e sobressaem as discussões referentes ao exercício do Poder Moderador, que correspondem a quase 75% dos debates realizados. A maior parte desses debates continua se referindo à sanção de resoluções da Assembléia (31,42%) e

¹⁰⁶ Especialmente com Portugal, Inglaterra e Uruguai, nesse período.

¹⁰⁷ Crimes de opinião, rebeliões, insurreições, crises políticas.

ao exercício da graça em nome do Imperador (23,57%); como explicado anteriormente, trata-se de questões intimamente ligadas à legitimação do poder soberano e à organização de um estado nacional íntegro, unitário e estável, o que sugere uma continuidade entre o sentido da atuação do Conselho de Estado no Primeiro Reinado e na Regência.

O percentual de discussões relacionadas ao Poder Executivo é ainda menor que o do período anterior (apenas 16,41%), e dois terços dessa pequena quantidade continuam se referindo essencialmente às relações do Brasil com outros países (tratados, apresamentos de embarcações e relações internacionais), sendo que o restante trata de assuntos políticos como rebeliões e insurreições internas. Percebe-se, assim, que se no Primeiro Reinado era pouca, na Regência se torna completamente inexistente a discussão sobre questões de caráter executivo-administrativo – o que aumenta ainda mais o abismo entre a atuação do Conselho de Estado brasileiro e a atuação do Conselho de Estado francês, com o qual é tão freqüentemente comparado.

Voltam a aparecer algumas discussões de caráter jurídico (7,13%), referentes especialmente à interpretação do texto constitucional, a eventuais nulidades eleitorais e ao processo penal, quando o Conselho se recusa a avaliar pedidos de graça por não terem sido esgotadas as instâncias recursais anteriores. No entanto, permanece a ausência de qualquer discussão sequer remotamente relacionada ao direito administrativo, fazendo com que absolutamente não haja discussões sobre matéria administrativa no Conselho de Estado da Regência – seja quanto às finanças do Estado, seja quanto à burocracia, seja quanto ao direito administrativo.

O que se percebe, enfim, é uma burocratização da atuação do Conselho de Estado no período. Talvez pela ausência do Imperador, talvez pela hostilidade liberal ao excesso de poder da instituição, o fato é que o Conselho de Estado Regencial tende a concentrar suas discussões em atividades cotidianas e rotineiras, como a aprovação de resoluções, a convocação, suspensão e prorrogação das sessões da Assembléia, a análise de pedidos de perdão e as relações internacionais. Essa burocratização tende a ressaltar as características originais do Conselho e o seu vínculo essencial com o Poder Moderador, que aparecem com mais definição após o desaparecimento das “grandes questões políticas” que tendiam a ocupar parcela considerável das discussões nos períodos anteriores – principalmente a Independência e os problemas dela decorrentes

(reconhecimento por outros países, recursos financeiros para o pagamento da indenização a Portugal, etc.).

Assim, é quando exerce suas atividades mais regulares e enfadonhas que aparece com mais clareza o sentido da atuação do Conselho de Estado no Brasil Imperial: em vez de regular as relações entre o governo e os particulares, limitando o arbítrio da Administração ao mesmo tempo em que garantia a supremacia do interesse público sobre o privado (como o Conselho de Estado na França), o Conselho de Estado dos anos 20-30 contribuiu para o fortalecimento do poder soberano em face de poderes externos e internos, procurando garantir a autonomia soberana do Brasil em face da comunidade internacional e a unidade soberana do governo em face dos poderes locais, diante do risco de esfacelamento do território no conturbado período pós-independência.

D) Conclusões Parciais: o Conselho de Estado e a pré-história do direito administrativo brasileiro

Torna-se possível, então, extrair um conjunto de conclusões que podem ser interessantes para a compreensão do papel desempenhado pelo Conselho de Estado em sua primeira fase de existência no Brasil Imperial, assim como do contexto jurídico-político que antecede a inserção da ciência do direito administrativo na cultura jurídica nacional.

Talvez a exposição dessas conclusões fique mais clara pelo confronto entre as características do Conselho de Estado brasileiro e as características do Conselho de Estado francês no mesmo período, que indicam não só uma diferença essencial de estrutura entre as instituições, mas principalmente uma diferença essencial entre as funções cumpridas por cada uma delas no contexto histórico-político em que se inserem.

Uma primeira diferença relevante se refere ao seu vínculo jurídico-constitucional: o Conselho de Estado francês era um órgão vinculado ao Poder Executivo, e apenas assim poderia desempenhar com naturalidade sua função precipuamente administrativa. Afinal, estando o Poder Executivo intrinsecamente ligado ao exercício de funções administrativas, a reiterada atividade consultiva do Conselho iria contribuir

espontaneamente para regular de modo estável as intervenções da Administração sobre a vida privada dos indivíduos.

É claro que tal regulação jamais poderia se constituir como “jurisprudência de direito administrativo” se os pareceres fossem emanados do Conselho com base em critérios práticos e imediatos. Assim, fundamentais para a consolidação do papel da instituição foram também a sua composição por técnicos e especialistas, selecionados pelo mérito entre a burocracia de Estado, e a criação de uma comissão específica para o julgamento de conflitos entre a Administração e os particulares com base em critérios jurídicos (a Comissão do Contencioso), regulando a ação do Poder Executivo e reafirmando a sua autonomia em face dos demais poderes e dos particulares.

Atuando dessa forma em um contexto de intervenção regulatória do Estado sobre a sociedade, o Conselho de Estado acabava agindo como dispositivo normalizador, transformando a regulação geral em disciplina particular de modo a assegurar a ordenação da cidade e a constituição de indivíduos dóceis e úteis, passíveis de serem empregados no fortalecimento do Estado em face de seus inimigos internos e externos – permitindo a melhor utilização das forças disponíveis com o menor dispêndio possível de energia.

As diferenças do Conselho de Estado brasileiro para com o Conselho de Estado francês já começam em sua estrutura jurídica, resultado da maneira distinta como o Império do Brasil promoveu a organização constitucional dos poderes de Estado. A vinculação do Conselho de Estado brasileiro ao Poder Moderador, a que se atribuía o papel de árbitro neutro das relações entre os demais poderes, torna juridicamente impossível o exercício de uma função administrativa por parte da instituição, que só poderia intervir no Executivo para restaurar o equilíbrio entre os poderes. Devendo agir como auxiliar consultivo de um poder neutro com atuação eminentemente política, é razoável que o Conselho de Estado tenda a se revestir das mesmas características, funcionando mais como *ponto de apoio da organização política da nação* do que como *ente regulador da atuação administrativa do Estado*.

Compreende-se assim a prevalência de discussões de caráter político nas sessões do Conselho de Estado. Atuando o Poder Moderador como o fiel da balança do sistema constitucional brasileiro, deveria o Conselho contribuir para a manutenção de sua estabilidade, tomando suas decisões não com base em algum critério geral de caráter

jurídico, mas de modo casuístico, em face das peculiaridades de cada situação concreta que se apresentasse ao seu exame – e conforme os pratos da balança se inclinassem mais para um lado ou para o outro.

A situação específica do Conselho de Estado no sistema político-constitucional do Brasil Imperial explica também o modo de seleção dos Conselheiros, nomeados pelo Imperador com base em um critério político e de confiança pessoal – a ponto de grande parte dos membros do Conselho ter assumido também cargos no Ministério. Não seria razoável a indicação de técnicos e especialistas para a tomada de decisões de caráter político, sendo verdadeiramente mais prudente que o Imperador se cercasse de políticos experientes e de confiança que fossem capazes de o aconselhar na tomada das difíceis decisões que se encontravam entre as competências do Poder Moderador.

Dessa forma, o Conselho de Estado jamais poderia desempenhar no Brasil as funções regulatórias e disciplinares que desempenhou na França oitocentista, cumprindo muito mais uma função soberana de fundação de um poder superior a todos os outros que assegurasse a unidade e a força do governo central. Contribuía, assim, para a legitimação do poder soberano exercido pelo Imperador, em um contexto em que era essa a tarefa política mais importante do recém-criado Império do Brasil: com a declaração da Independência o poder político havia perdido todo o seu fundamento de legitimidade, que até 1822 pudera se apoiar sem grandes dificuldades na força da tradição dinástica de quase de 200 anos de governo pela Casa dos Bragança. Se a Independência permitia a autonomia do Brasil em face de Portugal, gerava ao mesmo tempo o risco de dissolução da organização política nacional, o que exigia a criação de um poder central que fosse forte o bastante para manter a sua integridade.

Não podendo D. Pedro I confiar no *poder da força* para a manutenção de seu governo, em face da extensão do Império e dos poucos recursos à disposição da Coroa, obrigava-se a confiar na *força do poder*, devendo encontrar um fundamento de legitimidade suficientemente poderoso para a manutenção do dispositivo soberano que garantia a existência da monarquia. Tal fundamento parece ter sido encontrado justamente na idéia geral de “felicidade nacional”: no Brasil, diferentemente da Europa de inícios do século XIX, “buscar a felicidade nacional” não significava garantir a ordem e a disciplina de uma população de indivíduos necessários ao fortalecimento do Estado; representava, acima de tudo, a possibilidade de assegurar a obediência de uma

Nação aos direitos legítimos do soberano, permitindo a manutenção do sistema de governo e a unidade, integridade e independência do país.

Ao auxiliar no exercício do Poder Moderador, contribuindo para o equilíbrio dos poderes políticos e a busca da felicidade nacional, o Conselho de Estado era um órgão indispensável nessa árdua busca por legitimidade. Não só por sua atividade política regular de aconselhamento do soberano, mas também pela importante função jurídica que lhe havia sido atribuída pela Constituição e pela Lei de Responsabilidade dos Ministros, Secretários e Conselheiros de Estado (Lei de 15 de outubro de 1827). Isento o monarca de qualquer responsabilidade jurídica pelos atos praticados no exercício do Poder Moderador, em razão da lógica própria da constituição monárquica, incumbia ao Conselho de Estado a responsabilidade pelas ações do Poder Moderador que violassem a lei ou os interesses do Estado (art. 7º). Desse modo, a instituição permitia a coexistência de um regime constitucional de nuances liberais, sem o qual não se conseguiria manter a legitimidade do regime monárquico, com um governo monárquico soberano com o qual se contava para a manutenção da integridade nacional.

É interessante notar que as funções específicas desempenhadas pelo Conselho de Estado francês e pelo Conselho de Estado brasileiro foram claramente percebidas por quem acompanhava as suas atividades, o que pode confirmar a hipótese defendida: enquanto Napoleão Bonaparte ressaltava a necessidade de um órgão capaz de regular a medida de arbitrário de que dependia a Administração para a realização de suas atividades, D. Pedro I e seus conselheiros se preocupavam, antes mesmo da Independência, com a criação de uma instituição que pudesse superar a ruptura da tradição e garantir a integridade do regime monárquico que havia perdido seu fundamento tradicional de legitimidade – pelo rompimento dos “vínculos morais de rito, sangue e costumes”, o que fazia com que a população obedecesse ao governo “mais por amor e lealdade que por dever de obediência”:

Eu teria necessidade de um tribunal especial para o julgamento dos funcionários públicos, para os recursos dos Conselhos de Prefeitura, para as questões relativas ao fornecimento de alimentos, para certas violações das leis do Estado, para os casos, por exemplo, em que o Banco as tenha violado, para os grandes negócios de comércio que possa ter o Estado na qualidade de proprietário ou administrador. Há em tudo isso um arbitrário inevitável; **eu quero instituir um corpo semi-administrativo, semi-judiciário, que regulará o emprego dessa porção de arbitrário necessária na administração do Estado.** Não se pode deixar esse

arbitrário nas mãos do príncipe, pois ele o exercerá mal ou negligenciará seu exercício. No primeiro caso haverá tirania, o pior dos males para um povo civilizado; no segundo caso, o governo cairá no desprezo (Napoleão Bonaparte, 1806, *in*: BURDEAU, 1995:72 – *tradução livre do francês, sem grifos no original*).

As Representações de São Paulo, Rio de Janeiro, e Minas Gerais, que Me pediam que ficasse no Brasil, também Me deprecavam a criação de um Conselho de Estado. [...]. Foi inexplicável o prazer que a Minha Alma sentiu quando estas representações chegaram à Minha Presença, porque então conheci **que a vontade dos Povos era não só útil, mas necessária para sustentar a integridade da Monarquia em geral**, e mui principalmente do grande Brasil de quem sou filho (D. Pedro de Alcântara, 1ª Sessão do Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil, 2 de junho de 1822, *in*: RODRIGUES, 1973-1978, vol. 1:44 – *sem grifos no original*).

O Brasil, Senhor, quer ser feliz. [...] No ardor, porém da indignação que lhe causou a perfídia de seus Irmãos, [...] o Brasil rompia os vínculos morais de Rito, Sangue, e Costumes, **quebrava de uma vez a integridade da Nação; a não ter deparado com Vossa Alteza Real e Herdeiro de uma Casa que ele adora, e serve ainda mais por amor e lealdade do que por dever e obediência** (Representação dos Procuradores-Gerais a D. Pedro de Alcântara, 2ª Sessão do Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil, 3 de junho de 1822, *in*: RODRIGUES, 1973-1978, vol. 1:45 – *sem grifos no original*).

Conclui-se, assim, que enquanto na França o Conselho de Estado desempenhava uma função normalizadora de instrumentalização da intervenção da Administração Pública na vida privada dos indivíduos, criando uma jurisprudência de direito administrativo que contribuía para a ordenação da cidade, o disciplinamento dos indivíduos e a burocratização do corpo de funcionários do Estado, no Brasil Imperial do início do século XIX a instituição cumpriu um papel bastante diferente, como resultado do especial contexto político em que se encontrava o país: a função soberana de construção de um fundamento de legitimidade para um governo que desde a Independência precisava fortalecer sua posição como garante da integridade nacional, contribuindo para concentrar na figura do Imperador as idéias-chave de representação da Nação, felicidade do povo e equilíbrio do sistema político – assim como os poderes delas decorrentes. Ao fazê-lo, contribuiu para a manutenção do regime monárquico, a conservação da unidade nacional e a continuidade da sobrevivência do ente político no período pós-independência.

Compreende-se que o período que antecede a inserção da ciência do direito administrativo na cultura jurídica nacional se caracteriza por uma discussão pouco

técnica e bastante política sobre o fortalecimento e a concentração do poder político na figura do Imperador. Não existe, ao menos neste período entre 1822 e 1834, no interior do mais alto órgão da administração pública brasileira, uma discussão técnica de direito público que se preocupe com a organização jurídica de nosso Estado Nacional – nem de direito administrativo, nem de direito constitucional. Em vez disso, verifica-se a existência de uma forte preocupação política com a manutenção do Império e a garantia de sua continuidade, afirmando-se o poder moderador como principal ponto de passagem das reivindicações das elites locais e reforçando-se, assim, o poder soberano do Imperador e o seu papel como ponto de apoio de toda a ordem política nacional.

Se o entendimento do contexto que precede a construção do direito administrativo nacional pode contribuir de alguma forma para a análise das funções desempenhadas pelo novo discurso na sociedade do Segundo Reinado, é justamente ao ressaltar a existência deste conjunto de preocupações de caráter essencialmente político, com as quais o direito administrativo terá necessariamente de se defrontar ao se tornar parte do discurso jus-publicista nacional. Sendo a pré-história do direito administrativo nacional marcada por um permanente trabalho de reforço do poder político central, é compreensível que todas essas questões voltem à tona com a elaboração de um discurso acadêmico sobre o direito administrativo, influenciando-o em seu conteúdo e orientando-o ao cumprimento de funções específicas no interior do dispositivo de poder vigente.

Por outro lado, o estudo deste campo representado pelo Conselho de Estado permite descartar a hipótese de que a jurisprudência produzida pela entidade teria contribuído grandemente para a construção de um direito administrativo nacional, tendo-se demonstrado o desempenho, por parte da instituição, de uma atividade muito mais política que administrativa. Ainda que a pesquisa não tenha se estendido por todos os anos de existência do Conselho, tendo deixado de lado as discussões ocorridas durante a sua segunda (e, reconheça-se, mais importante) fase de existência (1842-1889), os dados coletados sobre a primeira fase, aliados às críticas realizadas pelos juristas do período ao modo de funcionamento do Conselho em seu segundo período de existência (relativas principalmente ao caráter secreto das reuniões¹⁰⁸, à falta de publicação das decisões tomadas e à impossibilidade de constituição de uma jurisprudência uniforme

¹⁰⁸ Reclama Veiga Cabral (1859:vii) que “as decisões do Conselho de Estado, onde se conservam as altas tradições administrativas, não têm sido publicadas, e nem deixam vestígio”.

nelas baseada), permitem descartar os debates do Conselho de Estado como fonte primária da presente pesquisa. A doutrina da época confirma a intuição, como se infere da acerba crítica do Visconde de Uruguai:

O nosso processo administrativo é muito deficiente e perfunctório, como veremos oportunamente.

A publicidade, garantia importantíssima, não está organizada e desenvolvida como na França. E de pouco serviria, uma vez que o Governo tem o arbítrio de subtrair as questões contenciosas e de decidi-las pelo meio discricionário.

As Consultas das Seções e do Conselho de Estado não têm a força e a importância que têm, por exemplo, na França.

Não têm sido coligidos, nem se trata de coligir, as tradições e arestos que podem servir, como na França servem, de regra e guia, pelo que a jurisprudência administrativa contenciosa é entre nós muito arbitrária e obscura, e apenas acessível aos que têm entrada nas Secretarias, e coragem bastante para desempoeirar maços de papel enormes, onde tudo jaz sepultado no pó do esquecimento (SOUSA, 1862:126).

Verificando-se a incapacidade e impossibilidade de contribuição da instituição para a construção de uma ciência brasileira do direito administrativo, não só pelo conteúdo dos debates travados, mas também pela ausência de participação no debate jurídico acadêmico, torna-se possível abandonar o campo de pesquisa como irrelevante para a compreensão da ciência do direito administrativo em circulação no país na segunda metade do século XIX. Por esse motivo, os próximos capítulos da pesquisa estarão focados principalmente no ensino universitário do direito administrativo e na doutrina produzida acerca da nova disciplina no período.

4.3 A Formação do Direito Administrativo Brasileiro (1854-1879)

Compreendidas as características básicas da “pré-história” da ciência do direito administrativo brasileiro, e estabelecido assim o contexto geral no interior do qual tem início a discussão teórica jus-administrativista no país, podemos passar ao estudo da fase de formação, propriamente dita, de nosso direito administrativo, durante a qual se forma um saber erudito e profissional baseado nos conceitos e no vocabulário específicos do direito administrativo. Esta primeira fase é a mais importante para a compreensão do objeto delimitado para esta pesquisa (a gênese do direito administrativo brasileiro), sendo marcada por uma intensa produção bibliográfica por parte dos doutrinadores em atividade no país, pela organização teórica dos preceitos básicos da nova ciência e pelo empenho na constituição de um governo legítimo para o nascente Estado Brasileiro. Tais características se manifestam principalmente na grande quantidade de obras sobre o direito administrativo publicadas no período¹⁰⁹, especialmente se comparado com a escassez de publicações dos períodos seguintes, e na reiterada tentativa de afirmação do Imperador como alicerce fundamental do sistema político e administrativo.

É claro que o desenvolvimento de uma ciência do direito administrativo pressupõe o estabelecimento de um campo específico de circulação dessa ciência, com o reconhecimento de seu estatuto científico por parte das instituições de ensino universitário. Deve-se reconhecer, quanto a este ponto, o caráter tardio do desenvolvimento de um campo de debate acadêmico sobre o Direito em nosso país, concentrado, até a independência, nas Faculdades de Direito da Metrópole.

O ensino do direito tem início, no Brasil, em 1828, com a inauguração de nossos primeiros Cursos de Ciências Jurídicas. Embora a América hispânica já contasse com diversas Faculdades de Direito, no Brasil é apenas após a Independência que será politicamente viável a criação de cursos jurídicos nacionais, visto que a formação jurídica em Coimbra era um elemento fundamental de coesão da elite política Imperial

¹⁰⁹ O que se explica também pelo interesse suscitado entre os juristas com a criação de um novo campo de saber acadêmico, e pela necessidade de criar um corpo bibliográfico adequado ao novo debate doutrinário. Seis obras de caráter tratadístico sobre o direito administrativo publicadas entre 1857 e 1866 – *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro* (REGO, 1857), *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* (PIMENTA BUENO, 1857), *Direito Administrativo Brasileiro*, (VEIGA CABRAL, 1859), *Ensaio sobre o Direito Administrativo Brasileiro* (SOUSA, 1862), *Excerto de Direito Administrativo Pátrio* (MENDONÇA, 1865), *Direito Administrativo Brasileiro* (RIBAS, 1866) – e apenas uma publicada em 1884: *Epítome de Direito Administrativo Brasileiro* (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884).

e de manutenção dos vínculos entre a Metrópole e a Colônia – como reconhecia explicitamente o próprio governo português¹¹⁰.

Assim, em 1827 são criados os primeiros cursos de ciências jurídicas do Brasil, nas cidades de Olinda e São Paulo. Sua inauguração ocorre um ano depois, em agosto de 1828, e em 1831 são criados os estatutos que os vão reger até o ano de 1854, quando ocorre a primeira grande reforma do ensino jurídico no país.

Durante todo o período entre 1831 e 1854 o ensino jurídico brasileiro é regido pelos *Estatutos dos Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais do Império*; os estatutos não prevêm o ensino da disciplina de direito administrativo, mas pode-se inferir de sua leitura que o ensino do direito público, como um todo, ainda é marcado por uma forte influência do direito eclesiástico e do direito natural (pouco racionalista e bastante teocêntrico), como é típico do Iluminismo português. No primeiro período do curso os alunos teriam aulas de disciplinas como *Direito Natural*, *Direito Público* e *Análise da Constituição do Império* e *Direito das Gentes e Diplomacia*, e no segundo período se acrescenta a elas a disciplina de *Direito Público Eclesiástico*. Nos três últimos anos as disciplinas são mais voltadas para o direito privado e a prática jurídica, contemplando matérias de direito civil, criminal, mercantil, marítimo e processual civil e criminal, exceto por *Economia Política*, ministrada durante o quinto período.

O ensino do direito público nas faculdades de direito brasileiras começa a ser modificado no ano de 1851, quando o Decreto nº 608 (16 de agosto de 1851) autoriza o governo a criar novos estatutos para as faculdades de Medicina e Direito, além de duas novas cadeiras para as faculdades de Direito: *Direito Romano* e *Direito Administrativo*. Assim, em 1854 são criados os novos estatutos e incorporadas ao currículo as duas novas disciplinas. Na mesma época a Faculdade de Direito de Olinda é transferida para a cidade de Recife, dotada de melhores condições para abrigar os estudantes e professores.

A inclusão das novas disciplinas já indica uma modernização do currículo acadêmico das faculdades de Direito. A reinserção do direito romano tende a reduzir gradualmente a influência do direito eclesiástico e do direito comum no ensino do direito privado, especialmente pela afirmação de um conjunto de valores humanos perenes, universais e passíveis de serem alcançados pela reflexão racional dos próprios

¹¹⁰ É o que explica o estudo de Ricardo Fonseca (2006:345).

homens. É conhecida a importância do papel desempenhado pelo direito romano no processo de laicização do direito pré-moderno europeu, e a sua reinclusão no currículo já indica uma forte intenção de se promover a racionalização e o aburguesamento do ensino e da prática jurídica no país. Quanto à disciplina de direito administrativo, sugere uma nova forma de se enxergar o direito público, muito mais focada na estrutura e nas ações do Estado que nos ideais de preservação do poder e proteção de direitos naturais de origem divina.

Não foi encontrado nenhum dos programas de ensino da Faculdade de Direito de Recife anteriores a 1885, o que prejudica a integralidade da compreensão desta primeira fase de desenvolvimento da ciência brasileira do direito administrativo¹¹¹. Não obstante, uma comparação entre os programas de ensino disponíveis na Faculdade de Recife com os de períodos similares em São Paulo indica uma forte semelhança nos conteúdos abordados. Tal fator, aliado ao controle centralizado do conteúdo dos compêndios a serem utilizados no ensino jurídico (obrigatoriamente aprovados pelo governo Imperial antes de sua utilização em sala de aula) nos permite ao menos sugerir a hipótese, ainda que arriscada, de que talvez não houvesse grande diferença de conteúdo no direito administrativo ministrado nas diferentes faculdades. Deve-se ressaltar, além disso, que não se encontra entre os objetivos da presente pesquisa a identificação das nuances internas do discurso jurídico-administrativo brasileiro, sendo muito mais importante a compreensão da função geral por ele desempenhada no interior do dispositivo político, a despeito de todas as diferenças internas existentes. Ainda assim, é claro que esta permanece sendo uma limitação da pesquisa.

Na Faculdade de Direito de São Paulo a cadeira é assumida inicialmente pelo prof. Silveira da Motta, que usava como compêndios o *Jornal do Comércio* e o *Orçamento do Império* (VENÂNCIO FILHO, 2004:66). Percebe-se, além do desleixo por parte do professor, que nestes momentos iniciais a disciplina tem um caráter pouco jurídico, mas essencialmente político e administrativo, estando muito mais voltada para a compreensão da ação administrativa do Império que para o estabelecimento de regras e princípios que regessem as relações da Administração com seus subordinados. O foco principal do ensino do direito administrativo parece ser legitimar o poder do Imperador

¹¹¹ Foram obtidos, nos arquivos da própria Faculdade de Direito da UFPE, apenas os programas de ensino da Faculdade de Direito referentes aos anos de 1885, 1888, 1893, 1894, 1895, 1896, 1897, 1898, 1899 e 1900; e os programas de ensino do Curso de Ciências Sociais referentes aos anos de 1893, 1894 e 1895.

com base em sua atuação política, ao mesmo tempo transmitindo aos estudantes algum conhecimento sobre a organização da estrutura estatal e o funcionamento prático do aparelho de Estado.

Ainda em 1854 uma série de reclamações dos estudantes de São Paulo faz com que o prof. Silveira da Motta seja substituído pelo Conselheiro Ribas, que utilizava apontamentos preparados para dar as suas lições e deixou um importante compêndio (*O Direito Administrativo Brasileiro*), citado como referência obrigatória pelos doutrinadores da matéria até os últimos anos do século XIX.

Nomeado lente substituto da Faculdade de Direito de São Paulo pelo decreto de 1º de julho de 1854, Antonio Joaquim Ribas tomou posse do cargo em 28 de outubro do mesmo ano, tendo ministrado, em toda a sua carreira, as disciplinas de economia política, direito eclesiástico, direito público, direito administrativo e direito civil. O estudo biográfico de Cruz e Tucci (2003) informa que ele era considerado um bom professor, tendo sido elogiosamente descrito por Almeida Nogueira:

Ninguém sobre ele se avantajou no exercício do alto magistério. Era um lente completo. Metódico e claro na exposição, profundo nas investigações, criterioso nos conceitos, lógico e agudo na crítica, invencível na argumentação. E todas estas vantagens realçadas, quanto à forma, por palavra fluente e elegante, dicção nítida e voz de agradável timbre (*apud* CRUZ E TUCCI, 2003:33).

Ribas foi o responsável pela disciplina de direito administrativo no período entre 1855 e 1856, durante o qual elaborou as anotações que deram origem ao seu manual. A obra foi premiada e aprovada pela Resolução Imperial de 9 de fevereiro de 1861 para servir como compêndio nas Faculdades de Direito do Recife e São Paulo, mas apenas em 1866 conheceu a sua primeira publicação, na cidade do Rio de Janeiro. Ainda que a tenha sido publicada apenas no final dos anos 60 (o que se reflete nas citações de obras publicadas durante as décadas de 50 e 60 e no seu estilo sóbrio e técnico, já antecipando algumas mudanças no caráter do discurso que viriam a se concretizar no final da década de 70), como foi baseada nas anotações das aulas ministradas entre 55 e 56, pode-se tomá-la como fonte razoavelmente confiável das discussões ocorridas no período.

Segundo Américo Jacobina Lacombe, que escreve a apresentação à republicação do livro realizada pelo Ministério da Justiça em 1968 (RIBAS, 1968), o *Direito Administrativo Brasileiro* é a obra mais famosa de Ribas, levando vantagem quando

comparada com outras obras do período pela sistematização e orientação da matéria, assim como pela ampliação da bibliografia, que passa a abranger, além da francesa, também a alemã, a italiana e a inglesa.

Conforme o próprio Ribas (2003:15), o livro foi redigido com a intenção de ser uma obra introdutória, primeira parte de um trabalho que seria composto de cinco: *I) As noções preliminares; II) A organização da administração espontânea; III) Os serviços administrativos relativos aos interesses do estado; IV) Os serviços relativos aos interesses dos administrados; V) A Administração Contenciosa*. As outras quatro jamais chegaram a ser publicadas, de modo que a obra consiste apenas em uma discussão sobre as categorias básicas do direito administrativo, sendo dividida em três títulos: o primeiro dedicado à *ciência do direito administrativo*, abordando a sua definição, autonomia científica, ciências auxiliares e fontes; o segundo, mais longo, dedicado à *administração*, sua natureza, divisões, relações com outros poderes, organização e funções; e o terceiro dedicado aos *administrados*, entre os quais se encontravam os nacionais, os estrangeiros e os escravos.

É interessante notar que o autor fixa, no prefácio ao livro, três premissas teóricas básicas que orientaram a sua redação (RIBAS, 1968:13): em primeiro lugar, sustenta a tese de que o estudo de teorias estrangeiras não pode ser realizado acriticamente, devendo-se promover a sua modificação para garantir a sua harmonização com os preceitos de nossa organização política e administrativa; em segundo lugar, a idéia de que o estudo do direito administrativo não pode ser limitado ao mero conhecimento das leis administrativas, devendo estar focado nas idéias gerais e sínteses fundamentais; e, por fim, sustenta a opinião de que é de interesse tanto dos indivíduos quanto da Administração o conhecimento do direito administrativo, visto que os indivíduos podem, assim, ter maior consciência de seus direitos e deveres, o que gera para a Administração a vantagem de imunizar a opinião pública contra paixões ilegítimas que desejem utilizá-la como instrumento.

Estas três premissas já indicam algumas características essenciais do discurso jus-administrativo que circulava na Academia brasileira nos anos 50 e 60 do século XIX: primeiramente, reivindica-se o caráter científico da nova disciplina, com uma postura de recusa de uma análise meramente textual do direito administrativo que vinha sendo criado, e afirmação da necessidade de uma elaboração teórica unificadora que fosse

capaz de compreender e sintetizar a variada produção normativa da administração Imperial. Ressalte-se, porém, que Ribas reivindicava também, para essa nova disciplina científica, um caráter eminentemente nacional, que ainda que tomasse como pressuposto o conhecimento de teorias estrangeiras não as deveria aceitar acriticamente, sendo necessário adaptá-las e harmonizá-las às circunstâncias específicas do país onde seriam aplicadas. E o autor completa estas premissas teóricas básicas com uma indicação explícita da função que a nova ciência brasileira deveria desempenhar no contexto nacional: formar uma opinião pública livre e esclarecida – e, portanto, imune a movimentos subversivos que se propusessem a manipulá-la contra a estabilidade do governo legítimo do Imperador.

Percebe-se, assim, que os juristas que discutem o direito administrativo no Brasil de meados do século XIX não o fazem sem consciência dos efeitos de suas ações. Pelo contrário, possuem a intenção explícita e consciente de constituir um saber especializado e científico que não representasse a mera importação de doutrinas alienígenas à realidade nacional, mas se adequasse às especificidades das necessidades locais, elaborando um discurso com pretensão de verdade e neutralidade que pudesse contribuir para a construção dos fundamentos de legitimidade necessários à continuidade do governo Imperial.

Com base nessas premissas fundamentais é que a obra se desenvolve, abordando sequencialmente as questões epistemológicas relativas à elaboração de uma ciência do direito administrativo, às peculiaridades da organização administrativa brasileira e à situação dos administrados diante do governo Imperial.

Após um breve estudo sobre o processo de formação do direito administrativo e da ciência do direito administrativo, Ribas se debruça sobre a questão da definição do direito administrativo. Depois de uma análise panorâmica das principais definições estrangeiras e nacionais (o autor cita o *Direito Público Brasileiro* de Pimenta Bueno, cuja primeira edição data de 1857), Ribas conclui com a afirmação de que o direito administrativo deve ser compreendido em seus dois sentidos: amplo, como a ciência que estuda a organização administrativa e as suas ações, e restrito, como a ciência dos direitos e deveres recíprocos da administração e dos administrados. Nada de muito diferente, quanto ao conceito, do que vinha sendo discutido na Europa desde o final do século XVIII, portanto:

Para nós também o Direito Administrativo se apresenta sob dois aspectos diversos, segundo o estudamos no sentido restrito ou amplo.

Considerado no sentido restrito, isto é, como verdadeira disciplina jurídica, não pode abranger mais do que o estudo de direitos e deveres, e estes não podem ser outros senão os que emanam das relações da administração para com os indivíduos sobre quem exerce a sua ação.

No sentido amplo, deve ele compreender também o conhecimento sintético dos elementos; assim colocados em face um do outro, na sua íntima natureza e mútua ação ou nas relações que as liga,

Assim, no sentido *restrito*, o Direito Administrativo é a ciência dos direitos e deveres recíprocos da administração e dos administrados, e no sentido *amplo* é a ciência que ensina a organização administrativa, tanto nos seus elementos fundamentais e universais, como no seu desenvolvimento prático em um povo dado; o modo pelo qual ela atua sobre a massa geral da população, ou os seus centros parciais, isto é, os serviços incumbidos aos seus agentes gerais ou locais; as formas de que os seus atos se revestem, e as modificações jurídicas que em face deles e sob sua influência sofrem os administrados em seus direitos e obrigações (RIBAS, 1968:29 – *grifos no original*).

No entanto, começa a aparecer a especificidade de um discurso científico efetivamente brasileiro quando o autor discute as ciências auxiliares do direito administrativo, considerando como tais a ciência da administração, o direito público positivo e o direito privado, e enfatizando que “a Economia Política e a Estatística não são imediatamente auxiliares do Direito Administrativo, e sim da Ciência da Administração” (RIBAS, 1968:36). Percebe-se que o governo dos homens ainda é visto de modo essencialmente jurídico, não técnico. As relações entre governo e governados se estabelecem em termos de direitos originários e legitimidade fundamental, e não em termos de necessidade e utilidade técnicas – embora já estivesse disponível o instrumental teórico e conceitual para a abordagem desse aspecto da realidade. O direito administrativo não é visto, no Brasil de meados do século XIX, como instrumento de controle dos indivíduos e populações; trata-se apenas da ordem jurídica específica a regular direitos e deveres de governantes e governados.

A reterritorialização do vocabulário disciplinar-normalizador para o desempenho de uma função essencialmente jurídico-soberana volta a aparecer mais adiante no livro, quando, ao discutir a natureza da administração pública e do poder político, Ribas afirma uma natureza essencialmente jurídica do Estado e a sua orientação a uma finalidade estritamente harmonizadora: ainda que o Estado intervenha na vida social, não o faz para regular, mas apenas para conservar uma relação harmônica com os demais aspectos da vida em sociedade, e deles entre si.

Assim, o poder político não tem só por fim interpretar e aplicar o direito; cumpre-lhe também coadjuvar o desenvolvimento e realização da religião, da ciência, da estética e da indústria.

Não lhe compete somente proteger a existência externa da sociedade, baldando todas as ameaças e perigos que venham de fora, e subordinar ao fim social todos os fins parciais das individualidades ou frações díscolas.

Além dessa missão puramente negativa, tem ele outra mais vasta e importante, cumpre-lhe criar e manter aquelas instituições que, sendo indispensáveis aos fins da universalidade, ou das grandes frações da sociedade, não podem subsistir pelos esforços segregados dos indivíduos, e sem o prestígio da autoridade e os recursos financeiros do Estado; promover os interesses gerais ou coletivos, que, por isso mesmo que a todos ou a muitos dizem respeito, e não exclusivamente a alguém, ficariam desleixados sem a vigilância protetora do poder; finalmente, concentrando em si mesmo, como em um foco, todas as luzes esparsas na nação, tomar a dianteira na carreira da civilização, abrir à sociedade larga e de fácil estrada, e evitar que ela se transvie por perigosos atalhos (RIBAS, 1968:48).

Infere-se claramente, do trecho citado, que não existe um privilégio da regulação estatal em detrimento dos “outros aspectos” da vida social (religião, ciência, estética, indústria); o que há é interferência mútua, de modo a assegurar a manutenção de suas relações e o auxílio mútuo na realização de cada uma de suas idéias especiais – mantendo-se a sua “autonomia e independência”.

Para a realização adequada de todas essas funções, há duas condições essenciais da organização administrativa que devem ser asseguradas pelo direito: a unidade e a independência. A unidade da administração representa a “imagem fiel da unidade da nação *no tempo e no espaço*” (RIBAS, 1968:70 – *sem grifos no original*), dupla manifestação da unidade que revela uma dupla preocupação da ciência nascente: com a estabilidade política do país (unidade no tempo) e a centralização governamental e administrativa (unidade no espaço), forma de resistência à fragmentação e à desagregação dos vários elementos constitutivos do território nacional. Quanto à condição da independência, traduz uma preocupação com a existência de eventuais óbices à ação dos agentes administrativos, que devem dispor dos meios necessários para a satisfação do interesse comum – à qual não se opõe, porém, a subordinação lógica em que o elemento administrativo está em relação ao governamental e ao legislativo, que emana da natureza da própria organização política. Diante de uma estrutura administrativa frágil e pouco numerosa, a idéia de independência deve ser compreendida muito mais como independência do Imperador como Chefe do Executivo diante de outras forças políticas do que como independência do aparelho de

Estado em face do judiciário (questão candente no contexto francês de elaboração do direito administrativo). Fica clara a preocupação do autor quando indica expressamente que não é somente pelas invasões do poder judicial que a independência da administração é ameaçada, mas também “pela usurpação das autoridades eclesiásticas” (RIBAS, 1968:74).

A especificidade do caso brasileiro é ressaltada quando se discute a organização da própria administração pública. A estrutura administrativa do governo não se organiza e nem se pretende organizada em um diagrama panóptico de vigilância-sanção-normalização, conforme o modelo de administração burocrática construído na Europa pela ciência do direito administrativo; busca, pelo contrário, uma “distribuição harmônica” de funções e agentes, fazendo com que a idéia de hierarquia seja compreendida muito mais como resultado da harmonia natural das funções estatais do que como resultado de uma ação normalizadora da burocracia de Estado:

Esta distribuição harmônica de funções e de agentes diretos e auxiliares, sistematicamente subordinados uns aos outros, é o que constitui a hierarquia administrativa (RIBAS, 1968:123).

Essa harmonia natural atribui ao Imperador uma função que não é de vigilância hierárquica, mas de centro de convergência de todas as aspirações nacionais e ponto de origem (jurídica e política) de toda a ação de governo e administração:

No primeiro grau da hierarquia acha-se o Imperador, chefe supremo da nação, como depositário do Poder Moderador e chefe do executivo; dele decorre toda a ação governamental e administrativa, bem como toda a jurisdição graciosa ou contenciosa. Supremo juiz administrativo, dos seus atos não pode haver reclamação ou recurso algum, senão para ele mesmo.

Colocado no centro da hierarquia, para ele convergem as luzes da ciência e da experiência, difundidas por toda vasta rede de funcionários que se estende sobre o país; mas ao conselho de ministros e ao de estado incumbe especialmente a função de esclarecê-lo com seus pareceres.

Como primeiro representante da nação, bebe as suas inspirações na consciência de sua missão divina e popular; não está sujeito a responsabilidade alguma, nem os seus atos a inspeção, ou influência de qualquer entidade política ou administrativa.

Símbolo da nacionalidade, idealização do governo e da administração, a sua pessoa é inviolável e sagrada (RIBAS, 1968:124).

É interessante notar que mesmo um doutrinador sóbrio e comedido como Ribas, estritamente científico em seus comentários sobre o direito administrativo, e bastante avesso a incursões políticas nas análises que faz sobre a situação da administração

pública e do direito administrativo no Brasil (especialmente se comparado a Pimenta Bueno ou Paulino de Sousa), carrega nas tintas ao descrever o papel do Imperador na ordem administrativa nacional, e ressalta a sua função de garante da felicidade nacional na medida em que sua ação encarna a vontade “divina e popular” – de cuja consciência “bebe as suas inspirações” para o exercício de seu poder como primeiro grau da hierarquia administrativa. Assim, contribui fortemente para a legitimação ideológica do poder concentrado em suas mãos e o fortalecimento do Estado Nacional brasileiro.

Ao identificar o Imperador como fonte de todo o poder político e administrativo exercido no país, Ribas ressalta a necessidade de unidade quando do exercício desse poder por parte de outros agentes, inclusive os presidentes de província:

Emanando do Governo Imperial todo o pensamento e ação governamental, devem ser idênticos em todo o império, e as próprias leis provinciais devem ser sancionadas e executadas em harmonia com este pensamento (RIBAS, 1968:126).

Aliando-se, porém, tal idéia à crítica realizada já no capítulo seguinte à deficiência de agentes diretos locais nas províncias para a irradiação das ordens emanadas da administração geral, compreende-se que o discurso não funciona de modo a fortalecer as cadeias de transmissão do poder exercido pelo governo central até as menores frestas da vida social; diante da inexistência de funcionários locais aptos a representar o exercício do poder administrativo central na vida local (como os comissários e intendentes criados na França já no final do século XVIII), o poder local era na prática exercido pelos juízes de paz, juízes de direito e até por particulares, o que demonstra com clareza que as idéias de centralização administrativa conviviam, no mundo real, com uma situação de compartilhamento harmônico de poderes ainda característico das sociedades de Antigo Regime. Ainda que o discurso jurídico-administrativo utilizado tenha desempenhado, na Europa, a função de fortalecimento do poder exercido pela autoridade central nos governos locais, ao ser transferido para a realidade específica do Brasil deixa de ser capaz de cumprir essa função, atuando apenas no sentido de fortalecimento do fundamento de legitimidade da autoridade central – como poder juridicamente superior a todos os demais, mesmo que o seu exercício não fosse capaz de regular a vida social em seus mínimos detalhes como já pretendia a teoria da polícia que dera origem ao direito administrativo europeu.

E o terceiro título da obra de Ribas é o que revela com mais clareza o significado do direito administrativo brasileiro em sua primeira fase de existência: ao se dedicar a

estudar “os administrados”, o autor jamais se preocupa em analisar, efetivamente, os tipos de relações que se podem estabelecer entre administração e administrados, quanto a direitos, deveres e prerrogativas de um e de outro. Pelo contrário, limita-se a classificar a população habitante do território brasileiro em três classes distintas – nacionais, estrangeiros e escravos –, identificando os direitos originários que podem ser atribuídos ou aplicados a cada uma dessas classes. Importante ressaltar que esses direitos originários não se fundamentam no exercício do poder administrativo Imperial, e sequer na ordem jurídica constitucional (embora o texto constitucional não deixe de ser citado durante essa discussão), mas na própria natureza das coisas, que o direito é obrigado a respeitar e formalizar.

Assim ocorre, por exemplo, com a discussão sobre a nacionalidade de filhos de estrangeiros nascidos no Brasil: embora o texto constitucional concedesse expressamente a nacionalidade brasileira nessa situação, a doutrina nacional criticava a norma, chegando a dizer que a natureza das coisas está acima da constituição, e que por essa razão o filho de estrangeiro nascido no país não perderia a sua característica de estrangeiro (era essa a posição de Pimenta Bueno, por exemplo). Ribas participa da discussão, defendendo a norma constitucional, não com fundamento na supremacia do texto normativo, mas na própria natureza das coisas, reiterada pela constituição:

Não obstante a larga e habilmente deduzida argumentação do distinto publicista, pensamos que, assim como fora absurdo entender que o homem é uma produção da gleba e deve acompanhá-la no domínio de todos aqueles a quem ela pertencer, do mesmo modo se não deve entender que a ampliação da família traga como necessário corolário a da sociedade política. Concebe-se facilmente que o marido e mulher, o pai e os filhos, membros da mesma sociedade doméstica, possam pertencer a sociedades políticas diferentes, como podem pertencer a sociedades religiosas diversas.

A entrada e permanência de alguém na sociedade política devem ser fatos perfeitamente livres. A lei não pode intervir senão com o caráter de supletiva, isto é, para declarar a vontade presumida do indivíduo, enquanto ele não pode manifestá-la regularmente reservando-lhe o direito de formulá-la em contrário oportunamente e indicando-lhe os meios porque pode afastar-se dessa sociedade. Mas a lei tanto pode deduzir esta presunção de vontade da origem genealógica, como do lugar do nascimento, e, adotando a nossa Constituição este segundo meio no art. 6º, § 1º, preferiu o que nos parece mais racional (RIBAS, 1968:169).

E, da mesma forma, quando se discute (criticando-se o texto normativo) a posição jurídica do escravo no ordenamento jurídico nacional, considerada contrária à natureza consignada na lei do Evangelho:

Se a lei evangélica manda o escravo obedecer e resignar-se à sua sorte; manda também o senhor considerá-lo como irmão, respeitar os seus direitos e sua dignidade de homem; ora, racionalmente, entre irmãos não podem existir as relações de senhor e de escravo, e a escravidão é o desconhecimento formal dos direitos e da dignidade humana (RIBAS, 1968:219).

Percebe-se, em suma, que na obra de Ribas o direito administrativo tende a funcionar não como instrumento de normalização e disciplinamento social, mas como instrumento de fundação do poder político originário do Imperador, considerado como fator de unidade nacional e garante da felicidade geral da nação. O poder político não se enxerga como controle minucioso da vida social, mas apenas como fundação soberana da nacionalidade, a ser compartilhado harmoniosamente com os demais elementos da hierarquia administrativa e o governo político local. O próprio direito não é instrumentalizado para a transformação voluntária da realidade, devendo, antes, adaptar-se as condições concretas da vida social, sob pena de perder a sua força normativa diante da realidade social.

Mais ou menos na mesma época em que Ribas redigia o seu *Direito Administrativo Brasileiro* é impressa a obra *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, de José Antônio Pimenta Bueno (Marquês de São Vicente). Publicado em 1857, é com folga o livro mais citado por Ribas (onze vezes), e um dos mais importantes estudos sobre o direito público do período Imperial. O livro é voltado essencialmente ao problema da organização do Estado, e em seu título VI discorre sobre o poder Executivo, analisando questões típicas de direito administrativo.

Assim, parte de uma conceituação do direito administrativo, afirmando como seu objeto a organização da estrutura do Estado e das relações que se estabelecem entre a administração e os cidadãos:

Os diferentes serviços deste [Ministério da Marinha] e dos outros ministérios, sua ordem, regularidade e detalhes, assim como a organização das repartições por onde eles se verificam, formam o corpo e objeto do direito administrativo, que compreende também as relações que por ocasião desses serviços se agitam entre a administração e os cidadãos (PIMENTA BUENO, 2002:364).

A esse direito se atribui a mesma tarefa que se atribuía ao direito administrativo europeu: promover os interesses sociais, removendo os perigos internos e encaminhando a sociedade às suas finalidades por força da ação social, que deve ser forte sem ameaçar a liberdade (2002:306). Pimenta Bueno afirma ainda, sobre o poder Executivo, que:

A sociedade em nenhum de seus passos pode subtrair-se à sua inspeção constante, à sua intervenção permanente; ele tem mil meios de secundar ou obstar os desejos, os atos, os votos individuais ou populares. É ele quem encaminha a marcha do Estado, o pensamento e o espírito nacionais para as idéias mais ou menos liberais, para uma organização administrativa mais ou menos protetora, quem reprime ou deixa impune os abusos dos funcionários públicos na ordem política, quem poupa ou desperdiça os recursos nacionais, enfim, quem favorece ou retarda os elementos da civilização e prosperidade social; e por isso **sobre ele pousam as esperanças ou os desgostos populares** (2002:332 – *sem grifos no original*).

Apesar das semelhanças, verifica-se uma sutil diferença. Enquanto o direito administrativo europeu apresentava como objetivo explícito da intervenção sobre a sociedade o fortalecimento do Estado, a leitura do trecho grifado indica ser outra a finalidade declarada do direito administrativo brasileiro: manter a ordem social e o contentamento popular. O objetivo é mais claramente anunciado no seguinte trecho:

Basta que o poder Executivo seja omissos ou frouxo no cumprimento de seus deveres, basta que não use das atribuições que lhe foram dadas para entreter e desenvolver atividade social, para que cause grande dano ao povo, a seus direitos e interesses, e gere o descontentamento geral, primeiro gérmen das revoluções. **A verdadeira e segura direção política do Estado não pode fundar-se senão sobre uma inteira e sincera fidelidade para com as instituições fundamentais dele, respeito às leis e às liberdades públicas, e a par dessas condições, senão sobre um zelo enérgico e ativo, uma impulsão viva a bem de todos os melhoramentos sociais: o povo que vive sem necessidades, que vive satisfeito, tem o maior dos interesses em conservar a sua atualidade** (PIMENTA BUENO, 2002:332 – *sem grifos no original*).

Percebe-se, portanto, que a preocupação central do autor não é com o fortalecimento do Estado em face de seus competidores ou de um inimigo interno, mas com a consolidação de seu próprio fundamento de legitimidade. A intervenção da Administração não pretende fortalecer ou defender a sociedade, mas essencialmente *satisfazê-la*, pois o povo que vive satisfeito tem interesse em “conservar a sua atualidade”. Ora, sendo o Imperador o chefe do Poder Executivo, era sobre a sua figura que se fundava “a verdadeira e segura direção política do Estado”, assegurando-se pela intervenção administrativa sobre a sociedade a sua posição como alicerce do sistema jurídico-político.

Pimenta Bueno se refere várias vezes à monarquia como ponto de apoio da estabilidade política e da ordem nacional (2002:87). O próprio Imperador se torna fundador do Estado em sua construção teórica, e d. Pedro I, elemento anfótero de

ruptura e continuidade, é a pedra de fundação da legitimidade política do Brasil independente:

Circundado de altos prestígios, credor da gratidão nacional, esse augusto príncipe soube ser o representante da antiga soberania nacional do Brasil e Portugal, foi o principal cooperador da independência brasileira. Por amor do Brasil renunciava o trono português, procurava fundar um Estado livre, era o núcleo da ordem, do porvir, das esperanças do Brasil, devia pois ser o seu monarca por si e sua dinastia: ele foi, e será (PIMENTA BUENO, 2002:89).

Se o “amor ao Brasil” e a “gratidão dos brasileiros” poderiam fornecer uma explicação convincente para a delegação da soberania a d. Pedro I, aparentemente não eram suficientes para assegurar a continuidade desse poder; ausentes os direitos tradicionais originários que fundavam a soberania européia, e inexistentes as condições econômico-políticas que poderiam conduzir à criação de um dispositivo de poder disciplinar, a declaração da independência de 1822 passa a exigir a arquitetura de novas bases de apoio para o estado de soberania brasileiro. Esse fundamento parece ter sido fornecido, nesse momento, pela ciência do direito administrativo, que ao absolutizar a dupla função moderadora-executiva do Imperador, promove a sua mitificação jurídica, constituindo-o como fator de unidade e fundamento de legitimidade para a edificação de um Estado nacional brasileiro. Exercendo a sua função de zelar pelos interesses da sociedade e assegurar a satisfação do povo, o direito administrativo, tradução jurídica do exercício do poder Executivo Imperial, cobre a carência de absoluto que havia sido gerada pela independência, preenchendo um vazio que poderia representar um risco para a manutenção da estabilidade política e desempenhando de fato, portanto, um papel soberano-constitucional.

Também em 1857 é publicada no Recife a primeira obra dedicada integralmente ao estudo do direito administrativo brasileiro: os *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro*, de Vicente Pereira do Rego. A obra, aqui citada em sua segunda edição de 1860, é criticada por Paulino de Sousa por ter tomado como modelo o direito administrativo francês, tratando-se de compêndio bastante resumido organizado para uso dos alunos. Além de advogado, Rego atuou como professor de direito administrativo da Faculdade do Recife desde a criação da disciplina, e o seu compêndio foi aprovado para uso nas Faculdades de Direito pelo Ministério dos Negócios do Império em agosto de 1864.

O livro é dividido em três partes, nas quais efetivamente se percebe uma forte influência da doutrina francesa: a primeira é dedicada à exposição da organização administrativa do Estado; na segunda se estuda o processo administrativo e os tribunais administrativos; e na terceira se apresentam as matérias administrativas, com várias referências às atividades desempenhadas pelo Estado Administrativo que se desenvolvia na Europa do século XIX. Sendo a primeira obra a tratar exclusivamente do direito administrativo a ser editada no Brasil, é compreensível a demasiada reverência à doutrina francesa, que deve, porém, ser compreendida no contexto específico da realidade brasileira.

O livro inicia com uma discussão conceitual sobre a administração e a sua localização entre as instituições do país, identificando o “poder administrativo” como elemento do Poder Executivo, ao lado do “poder judiciário”, explicando que o primeiro se ocupa do interesse público, tendo por fim a utilidade social, enquanto o segundo regula os interesses privados (REGO, 1860:5). Assim, a autoridade administrativa é definida como sendo aquela que “pela execução das leis de interesse geral provê à segurança do Estado, à manutenção da ordem pública e à satisfação de todas as outras necessidades da sociedade”, e o poder administrativo é definido por exclusão como sendo composto por todas aquelas leis que não constituam o fundamento do direito público, constitucional, eclesiástico, internacional e não se achem sob o domínio do poder judiciário (REGO, 1860:5). O direito administrativo é definido como sendo “a ciência da ação e competência do poder central, das administrações locais e dos tribunais administrativos em suas relações com os direitos e interesses dos administrados, e com o interesse geral do Estado” (REGO, 1860:6).

Percebe-se que não existe grande sofisticação teórica na obra de Rego. Citando apenas excepcionalmente autores nacionais ou estrangeiros, e contrariando em vários aspectos a doutrina que já circulava no ambiente acadêmico brasileiro (como em sua concepção da divisão dos poderes do Estado em apenas dois – Executivo e Legislativo –, por exemplo), o autor dá apenas os primeiros passos na definição do direito administrativo e na sua caracterização como disciplina autônoma, limitando-se a repetir orientações teóricas estrangeiras.

Ainda assim, não deixa de examinar o texto constitucional brasileiro para o desenvolvimento de seu estudo, razão pela qual também afirma o Imperador como

primeiro órgão da administração, caracterizando-se por sua inviabilidade, por ser sagrada sua pessoa, e por não estar sujeito a responsabilidade alguma.

Passa, em seguida, a uma apresentação das competências do Imperador na qualidade de chefe do Executivo, e continua com uma simples enumeração dos demais órgãos da administração pública brasileira e suas competências, sem jamais se dedicar a analisar criticamente o seu papel ou as suas funções reais no regime político-administrativo nacional – o Conselho de Estado, os Ministros, os órgãos da Administração Provincial e Municipal, outros órgãos especiais (estabelecimentos de instrução pública, polícia, organização judiciária, militar e eclesiástica).

Digna de nota é apenas a referência que o autor realiza à polícia, que define como já o faziam os autores europeus:

A polícia é uma instituição encarregada de manter a ordem pública, a liberdade, propriedade e segurança dos cidadãos. O caráter principal da polícia é a vigilância, e o objeto da sua solicitude é toda a sociedade (REGO, 1860:63).

Rego divide a polícia em três espécies: política, administrativa e judiciária, caracterizando-se a polícia administrativa como sendo aquela que “tem por fim a manutenção habitual da ordem pública em qualquer lugar e em todas as partes da administração geral”, com atuação essencialmente preventiva (REGO, 1860:64).

Também merece referência, nesta primeira parte do texto, a afirmação de que toda justiça emana do Imperador, sendo administrada em seu nome por magistrados por ele instituídos (REGO, 1860:69). Ao definir (novamente com base no texto constitucional) este como sendo o princípio mais fundamental da organização judiciária brasileira, Vicente Pereira do Rego aborda muito timidamente a característica centralização da ordem jurídica brasileira, e jamais chega a realizar uma análise consistente da realidade administrativa nacional.

Em suma: como administrativista, Pereira do Rego é um competente exegeta da legislação vigente e um bom tradutor das doutrinas estrangeiras; e só. Em nenhum momento seu estudo chega a atingir um grau mais profundo de compreensão das características essenciais da estrutura jurídico-administrativa brasileira, como fazem obras mais relevantes publicadas no período.

Após a descrição da estrutura administrativa brasileira, Rego se debruça sobre o processo administrativo, apresentando os órgãos de julgamento administrativo e, como não poderia deixar de ser, identificando o Conselho de Estado como o órgão máximo da

jurisdição administrativa brasileira. Aponta várias semelhanças entre o Conselho de Estado brasileiro e o francês, sendo todas decorrentes de sua organização legislativa, jamais levando-se em consideração as características concretas da atuação das diferentes instituições.

Não obstante, como intérprete capaz que é, Rego apresenta as principais competências de julgamento exercidas pelo Conselho de Estado brasileiro, sem nunca tomar conhecimento do fato de que apenas com muita boa vontade tais competências poderiam ser consideradas administrativas – tratando-se, em verdade, de manifestações do poder político soberano do Imperador: a captura de presas, a resolução de conflitos de jurisdição e atribuição e os abusos cometidos pelas autoridades eclesiásticas.

Ainda assim, considera relevante dedicar a terceira parte da obra às “matérias de direito administrativo” (REGO, 1860:121), evidentemente extraídas de manuais franceses, que efetivamente se referem a atividades de caráter administrativo, mas que apenas de forma muito limitada eram realizadas pelo governo brasileiro, como não cansam de apontar os outros autores que escrevem no período. Discorre, então, sobre a agricultura, o alinhamento, a caça, o esgotamento de pântanos, a expropriação por utilidade pública, as servidões militares, a exploração das minas, a pesca, o regime das águas e florestas, as vias de comunicação, o aprendizado, as fábricas, os bens públicos, os impostos, os encargos do Estado e as instituições relativas a socorros públicos. É curioso perceber que na maior parte das vezes as referências do autor são francesas, verificando-se a citação acanhada da legislação brasileira em meio a extensos trechos dedicados à análise da doutrina, da legislação e da experiência prática francesas.

Verifica-se, portanto, na primeira obra nacional dedicada exclusivamente ao estudo do direito administrativo, um acatamento exagerado da doutrina francesa, sem qualquer mediação para a sua aplicação à realidade brasileira e, a bem da verdade, com um completo desprezo pela realidade político-administrativa nacional. Constata-se, assim, a inserção acrítica da teoria estrangeira no discurso jurídico nacional, e a incapacidade do autor até mesmo de perceber as incongruências existentes entre a doutrina européia e a legislação administrativa brasileira por ele interpretada. Felizmente as outras obras redigidas no período não padecem do mesmo defeito, e nos permitem compreender melhor o significado do discurso jus-administrativista em circulação no Brasil do Segundo Reinado.

Em 1859 a cadeira de direito administrativo da Faculdade de Direito de São Paulo é assumida pelo prof. Joaquim Inácio Ramalho, que apesar de ser um estudioso do processo civil permanece como titular da cadeira até ser jubulado, em 1883.

Também em 1859 é publicado o *Direito Administrativo Brasileiro*, de Prudêncio Giraldes Tavares Veiga Cabral. Professor da Faculdade de Direito de São Paulo, o autor redige a sua obra com a intenção de fornecer um plano de Código Administrativo Brasileiro, expondo os princípios e a legislação com a intenção de coordenação dos elementos da nova ciência.

Baseado principalmente – talvez excessivamente, mesmo para os padrões da época – na doutrina francesa¹¹², o autor pretende apresentar o direito administrativo brasileiro consignando as noções essenciais da ciência administrativa, as relações da administração com os poderes políticos do Estado, a divisão territorial do Império e sua população, os graus de hierarquia administrativa e objetos de sua competência, para depois tratar do direito administrativo nas suas relações com a conservação e defesa social e com a finalidade da sociedade – “garantir o exercício dos direitos, e o cumprimento das obrigações, e auxiliar o progresso intelectual e moral, e o desenvolvimento da riqueza pública” (VEIGA CABRAL, 1859:x).

Talvez por estes dois motivos – a intenção de fornecer um Código Administrativo e a forte influência da doutrina francesa – a obra possui um caráter um pouco mais técnico, quando comparada com outros estudos do período. Assim, dedica várias páginas ao estudo do processo administrativo, à repartição de competências administrativas, à classificação dos bens públicos, e até mesmo à polícia de Estado. Ainda assim, já é possível ler nas entrelinhas as mesmas intenções de fortalecimento e legitimação do poder Imperial que se percebem nos demais manuais examinados.

O livro segue a estrutura comumente adotada pelos juristas do período, iniciando com uma análise do estatuto científico do direito administrativo e de seus conceitos fundamentais. Assim, o direito administrativo é definido como sendo aquele “que regula a ação e competência da Administração nas suas relações com os centros parciais da população, ou os cidadãos individualmente para a execução das leis, decretos e ordens expedidas por interesse geral ou local” (VEIGA CABRAL, 1859:12), e

¹¹² O autor informa em sua introdução ter sido inspirado por Cormenin, Macarel, de Gerando, Proudhon, Foucart, Dufour, La Ferriere, Vivien, Magnitot, Blanch, Servigny, Chauveau Adolphe, Florent-Lefebvre, Cabantous e Pradier.

é diferenciado das leis administrativas em sentido estrito, que constituem um dos seus elementos, mas não o limitam. Percebe-se que o autor também manifesta preocupação de se reafirmar a necessidade de uma construção teórica científica acerca do direito administrativo, que não se limitasse à mera exposição das leis e pudesse apresentar sínteses e princípios teóricos gerais. Não, demonstra, porém, a mesma preocupação de Ribas com o caráter nacional desta ciência, o que parece se refletir nas características do discurso que produz acerca do direito administrativo.

A centralização é considerada o princípio mais essencial e vital da Administração: consiste na “existência de um poder destinado a imprimir a todas as partes de um país uma direção uniforme, assegurar-lhe o gozo das mesmas vantagens, e impor-lhe os mesmos encargos” (VEIGA CABRAL, 1859:21). Essa direção uniforme não pode ser artificialmente criada pela legislação administrativa, mas resulta da própria organização social e da atuação do Imperador, considerado o principal responsável pela unidade nacional e pela harmonia dos poderes existentes:

Este centro de atividade e uniformidade resulta, não da disposição de uma lei, ou de algumas leis, resulta da organização social, e da divisão, equilíbrio e harmonia dos Poderes Constitucionais, especialmente da vigilância do Chefe Supremo da Nação, e seu primeiro representante, a quem incumbe velar incessantemente sobre a independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos (VEIGA CABRAL, 1859:21).

Segundo Veiga Cabral, este sistema de centralização e unidade administrativa permite a conservação e a segurança da sociedade, ao mesmo tempo em que garante a independência nacional e a integridade do Império, possibilitando a direção de todas as forças individuais para um só fim, ao reuni-las para um esforço comum. É clara a referência à discussão teórica então em voga na Europa, que se preocupava com a instrumentalização do direito administrativo na defesa da ordem social interna e externa; mas é clara também a reterritorialização do vocabulário técnico-conceitual, à medida que o estabelecimento do Imperador como principal responsável por esse objetivo reforça a centralização de poderes e a legitimação de sua posição como alicerce do sistema político nacional.

A tendência do discurso se manifesta com ainda mais clareza quando o autor examina as relações entre a administração e o Poder Moderador. Embora as principais relações existentes entre o Imperador e a administração devessem ocorrer por intermédio de sua posição como chefe do Poder Executivo (que lhe permite comandar

a atuação administrativa do Estado), segundo as normas constitucionais vigentes, são as atribuições políticas que cumpre no exercício do Poder Moderador as consideradas por Veiga Cabral como sendo as principais responsáveis pela correta direção da administração no sentido necessário ao aumento da felicidade nacional. Apenas quando se trata da execução direta das leis e “medidas de detalhe” é que se reconhece à Administração alguma independência do poder político (decorrente muito mais da irrelevância de tais tarefas do que de alguma intenção de conceder autonomia técnica à burocracia administrativa), que permanece, quanto ao mais, desempenhando a função de guia geral da estrutura administrativa:

Se a direção dada ao Estado pela política do Governo é contida no competente domínio, a Administração progride; porque ela se torna no interior o instrumento mais ativo dos progressos públicos exercendo sobre a sociedade uma vigilância protetora, observando as suas tendências e necessidades, ouvindo a opinião pública, combatendo as paixões desregradadas, e sendo no exterior o representante e órgão da Nação. Mas se a política invade o território da Administração, extraviando-a do caminho, que deve seguir, a Administração não continua. Intervem a ação do Poder Moderador, e são substituídos por outros os agentes responsáveis da Administração.

A Administração, pois, está ligada à política. Mas a Administração realça o seu valor da política, depende desta; a política inspira o espírito público, e é por isso que cada regime faz prevalecer o seu sistema (VEIGA CABRAL, 1859:34).

Uma discussão que parece um pouco deslocada na obra de Veiga Cabral, quando comparada com os debates travados pelos outros administrativistas do período, é aquela acerca da polícia de Estado, travada no capítulo dedicado às relações do direito administrativo com a conservação e defesa da sociedade. Após analisar os bens e rendas públicas, o autor se debruça sobre a polícia de Estado, as forças armadas e a diplomacia, completando assim a análise teórica dos sustentáculos do tripé normalizador vigente na Europa do século XIX – e organizado pelo direito administrativo em construção no período.

A adoção de medidas visando à melhoria das finanças estatais, o estabelecimento de uma polícia de disciplinamento social e a organização de um forte dispositivo diplomático-militar são justamente as principais ações da estratégia adotada pelas sociedades disciplinares da Europa oitocentista. Com isso o Estado Administrativo europeu buscava assegurar o aumento contínuo de suas forças úteis e o arrefecimento das ações de revolta e resistência que poderiam surgir no próprio seio da sociedade (inimigo interno) ou provenientes do exterior (inimigo externo), contribuindo para a

manutenção da utilidade dos indivíduos e populações, bem como de sua posição no âmbito da concorrência política e econômica internacional.

Veiga Cabral incorpora à sua análise a discussão teórica proveniente da Europa, reafirmando no Brasil a idéia de que seria necessário “defender a sociedade”:

A Sociedade, para o fim da sua conservação, deve defender-se dos perigos que podem provir das coisas e dos homens; ela se defende pelos meios preventivos, ou repressivos, conforme a natureza dos objetos, ou dos direitos, cujo uso, ou abuso lhe pode ser prejudicial (VEIGA CABRAL, 1859:219).

Assim, após diferenciar a Polícia do Estado da Polícia Judiciária (à qual caberia “averiguar os crimes, coligir as provas, e entregar os autores aos tribunais encarregados de os punir” – VEIGA CABRAL, 1859:220), o autor se baseia na circular de 1813 do Ministro de Polícia da França para atribuir à Polícia do Estado a responsabilidade pela “manutenção habitual da ordem pública em cada lugar, e em cada parte da Administração geral”. Para atingir esse objetivo deve cumprir várias funções, todas relacionadas ao disciplinamento minucioso da vida social:

Mas sendo o fim da Polícia do Estado a conservação e defesa da sociedade, ela deve precaucionar em 1º lugar contra a falta, e carestia de víveres de primeira necessidade, contra a invasão de moléstias contagiosas, e sua propagação, contra as perturbações internas e sedições; em 2º lugar contra os abusos possíveis de viajar pelo Império, e sair ou retirar-se dele, contra os abusos possíveis de andar armado, contra os abusos possíveis da liberdade individual, e da inviolabilidade do domicílio; em 3º lugar contra os abusos da liberdade de indústria, e do comércio; daí as Leis de precaução, e de restrição, cujo conjunto forma a esfera na qual a Polícia do Estado exerce a sua ação; daí também a necessidade de considerar a Polícia do Estado sob três pontos de vista principais, ou as obrigações, que ela tem a preencher em relação às primeiras necessidades da sociedade, e da ordem pública; tais são: 1º, cuidar em que haja abundância de gêneros alimentícios, e do seu cômodo preço; 2º, prevenir ou combater os perigos das enfermidades contagiosas e das epidemias; 3º, prevenir ou comprimir as desordens ou sedições (VEIGA CABRAL, 1859:222).

A inclusão do debate sobre a polícia em um estudo sobre o direito administrativo brasileiro poderia ser vista como um indício contrário à tese que se pretende defender, de que a ciência do direito administrativo desenvolvida no Brasil em meados do século XIX não teria cumprido a função normalizadora que cumpriu na Europa no mesmo período – mas uma função constituinte-soberana de legitimação do poder político concentrado na figura do Imperador. No entanto, três fatores devem ser levados em consideração: primeiramente, a forte influência do discurso jurídico-administrativo em circulação na Europa na produção do discurso jurídico nacional, e a ainda mais forte

influência no estudo específico de Veiga Cabral, como já tivemos a ocasião de apontar; além disso, o contexto discursivo em que ocorre a discussão, que jamais perde a oportunidade de enfatizar o papel do Imperador como ponto de origem da estrutura política brasileira; e, por fim, a realidade da situação jurídico-política do Brasil no século XIX, marcada pela ausência de funcionários em quantidade suficiente para a realização dessa atividade de polícia e pela prevalência de uma atuação administrativa de caráter constitucional-soberano, em detrimento da pequena utilização de técnicas disciplinares para o governo dos indivíduos e das populações. Todos os três podem ser percebidos no seguinte trecho do livro de Veiga Cabral, extraído do parágrafo imediatamente anterior àquele em que define as funções da Polícia de Estado:

Conquanto, porém, o Regulamento de 31 de janeiro de 1842 expedido para a execução da parte policial e criminal da Lei de 3 de Dezembro de 1841 admita a distinção e separação da Polícia Administrativa e Judiciária, não reconhece todavia a incompatibilidade absoluta no exercício das respectivas funções em um só empregado, porque no artigo 1º e seus §§ diz que a Polícia Administrativa é incumbida, na conformidade das Leis e Regulamentos: 1º, ao Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça no exercício da Suprema Inspeção, que lhe pertence, como 1º Chefe e centro de toda a Administração Policial do Estado; 2º, aos Presidentes das Províncias no exercício da inspeção, que nelas têm pela Lei do seu Regimento como seus primeiros Administradores, encarregados de manter a segurança, e tranqüilidade pública, e de fazer executar as leis; 3º, ao Chefe de Polícia no Município da Corte, e nas Províncias; 4º, finalmente, aos subalternos deste nos seus Distritos e Municípios (VEIGA CABRAL, 1859:222).

Do trecho se pode inferir, simultaneamente: a tentativa de concentração dos poderes policiais na figura do ministro nomeado pelo Imperador, ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de seu compartilhamento com os poderes locais (os presidentes das Províncias); a atribuição, ao poder central, do papel de “centro” da administração estatal; e, principalmente, a ausência de pessoal administrativo em quantidade suficiente para a distribuição das funções de polícia administrativa a agentes públicos específicos, sendo necessário o seu exercício pelos mesmos agentes que já vinham cumprindo as funções de polícia judiciária.

A mesma reterritorialização de questões típicas de um direito administrativo disciplinar para a sua inserção no dispositivo político soberano se percebe quando Veiga Cabral se dedica a analisar a estrutura administrativa do Estado Brasileiro. Após dividir as instituições conforme a sua finalidade – o progresso intelectual e moral (Universidade, Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, Museu Nacional, Biblioteca

Pública Nacional, Imperial Academia de Medicina, Instituto Comercial do Rio de Janeiro, Academia de Belas Artes, Teatros) e o desenvolvimento dos interesses materiais (Instituições de Crédito, Banco do Brasil, Caixas Filiais, Instituições de Agricultura, Comércio e Indústria), o autor examina as diversas funções realizadas pelo Estado ou reguladas por ele, dedicando capítulos específicos à mineração, às obras públicas e à desapropriação, às estradas de ferro, à navegação fluvial, aos correios, e aos telégrafos.

Com um exame atento do estudo realizado pelo autor se torna possível perceber que até mesmo o vocabulário e as questões de caráter tipicamente disciplinar são abordados de uma perspectiva que busca compatibilizar esse arsenal teórico com o funcionamento concreto do dispositivo de poder soberano, como quando Veiga Cabral faz referência à “jurisdição disciplinar” dos diretores das faculdades sobre os professores e alunos (1859:342). O mesmo ocorre quando o autor discorre sobre a desapropriação, permitida nas hipóteses de “necessidade ou utilidade pública”: embora os requisitos autorizadores traduzam as idéias de interesse da coletividade e defesa da sociedade típicas das sociedades disciplinares, o seu conteúdo não concretiza as idéias de racionalização e urbanização tão caras à França oitocentesca (LACCHÉ, 1995:549), mas a reafirmação do poder soberano e a garantia de sua atuação como distribuidor da justiça e demais interesses:

Tem lugar a desapropriação por necessidade pública nos seguintes casos: 1º, defesa do Estado; 2º, segurança pública; 3º, socorro público em tempo de fome, ou outra extraordinária calamidade; 4º salubridade pública; por utilidade pública tem lugar nos casos seguintes: 1º, instituições de Caridade; 2º, fundações de casas de instrução da mocidade; 3º, comodidade geral; 4º, decoração pública (VEIGA CABRAL, 1859:402).

O momento em que o caráter soberano da atuação administrativa do Estado é percebido com mais clareza é quando se discute a regulação da navegação fluvial, transparecendo claramente os interesses de manutenção da autoridade Imperial e proteção da unidade territorial brasileira:

O direito administrativo brasileiro sob o ponto de vista da navegação fluvial compreende também as estipulações dos tratados, convênções e ajustes celebrados com os governos das repúblicas limítrofes ao sul do império, e que tendem a organizar um acordo comum sobre a navegação dos rios – Uruguai, Paraná e Alto Paraguai, que facilitam a comunicação com a província de Mato Grosso, a mais remota do interior do Brasil, cuja fronteira e interesses reclamam eficaz proteção dos poderes supremos do Estado (VEIGA CABRAL: 1859:453).

O último capítulo do livro é dedicado à Administração Local, à qual se reserva uma posição subordinada à administração geral, como se infere desta nota de rodapé:

O método que faz suceder a Administração local à Administração geral não é arbitrário; porque tratando-se das instituições administrativas do Império, deve-se ir do Estado às Províncias e às Municipalidades em razão de que a existência destas supõe a existência e a noção completa da Constituição e da Administração geral (VEIGA CABRAL: 1859:487).

Aos Presidentes de Província se atribui o *status* jurídico de “delegados da Administração Suprema”, atuando como meros executores das ordens emanadas do poder central, o que contribui para a unificação do país e para a centralização dos poderes nas mãos da Coroa. O texto de Veiga Cabral é tão enfático quanto a este ponto que beiraria o desrespeito, para alguém que se propusesse a examiná-lo da perspectiva de um aparelho administrativo com órgãos bem delimitados e aos quais se atribuísem competências claras e exercidas por direito próprio – o que obviamente não é o caso da administração pública brasileira no Segundo Reinado:

Delegados da Administração Suprema, eles [Presidentes de Província] cumprem e mandam cumprir todas as ordens e Decretos do Governo Geral, sobre qualquer objeto da Administração das Províncias, para o que lhes são diretamente remetidos, no interesse mesmo das Províncias e do Estado de que elas fazem parte; sendo nomeados pelo Imperador, que os pode remover quando entender que assim convém ao bom serviço do Estado, os Presidentes de Província *simbolizam* nos centros parciais da população o *pensamento predominante* do Poder Administrativo Central (VEIGA CABRAL: 1859:488 – *grifos no original*).

Da mesma forma que os Presidentes da Província se subordinam à autoridade do Imperador, os Conselhos de Presidência se encontram sob a autoridade do Conselho de Estado, ao qual cabe recurso das decisões por eles tomadas no exercício de suas atribuições administrativas e contenciosas.

É interessante perceber que a análise de Veiga Cabral sobre a Administração Local não se limita à apresentação da estrutura do Poder Executivo, abordando também questões relativas à organização da Assembléia Provincial e da Câmara Municipal, ao orçamento provincial e municipal, e até mesmo às “fábricas paroquiais”¹¹³ e aos “estabelecimentos municipais de humanidade”. A confusão das competências

¹¹³ “Sob o ponto de vista de Direito Administrativo, fábrica paroquial, ou catedral, considerada subjetivamente, designa a entidade moral ou coletiva encarregada da administração dos bens, direitos e rendimentos de uma Igreja Matriz, ou Sé; objetivamente significa as rendas para as despesas de uma paróquia ou catedral, quer provenham de suprimentos feitos pelo Estado, ou de multas impostas pelos Estatutos, ou qualquer origem ordinária e extraordinária” (VEIGA CABRAL: 1859:538).

atribuídas a cada uma dessas entidades é criticada pelo autor (VEIGA CABRAL, 1859:521), que reivindica a criação de um administrador para cada município e a sua separação das atribuições das câmaras municipais – o que tornaria possível a separação entre “deliberação” (político-legislativa) e “execução” (administrativa).

Tudo isso volta a reforçar a tese de que o discurso jus-administrativista em circulação no período não desempenhava uma função administrativa-normalizadora, mas uma função constituinte-soberana de organização dos poderes existentes no território nacional e sua vinculação ao poder central concentrado nas mãos do Imperador. Ao mesmo tempo, comprova indiretamente a inexistência, no Brasil do período, de uma administração pública organizada com competências claras e bem definidas, sendo a estrutura do Estado brasileiro marcada ainda pelo exercício harmônico de competências variadas e concorrentes pelos mais variados agentes do poder Imperial, conforme a organização por jurisdições típica do modelo de Estado pré-administrativo e pré-normalizador.

A mesma tendência de afirmação da função constituinte-soberana da administração pública se percebe quando Veiga Cabral (1859:503) examina as funções a serem desempenhadas pela administração local, entre as quais se encontram a catequese e civilização dos índios, e a organização de estabelecimentos de caridade e de “alienados”: trata-se de funções tipicamente soberanas, manifestações da magnanimidade do Imperador como titular da prerrogativa e da responsabilidade de conceder dádivas à população, em detrimento daquelas funções tipicamente administrativas de racionalização disciplinar do espaço e dos indivíduos que vinham sendo exercidas na Europa do século XIX.

Conclui-se, em suma, que apesar do predominante tecnicismo da obra e da forte influência representada pela doutrina francesa, que às vezes contamina o estudo de Veiga Cabral com um vocabulário técnico-conceitual típico do dispositivo de poder normalizador, também nesse livro se verifica uma reterritorialização e adaptação do direito administrativo europeu à realidade específica brasileira, com a sua inserção em um dispositivo de poder soberano voltado ao fortalecimento do Imperador e à constituição de um Estado Nacional brasileiro.

Em 1862 Paulino José Soares de Sousa, o Visconde de Uruguai, publica o seu *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, talvez o mais importante estudo sobre o direito

administrativo publicado no século XIX. Dividida em dois tomos, a primeira parte da obra é dedicada àquelas questões gerais de direito administrativo igualmente analisadas por outros juristas do período (a questão da cientificidade do direito administrativo, a organização do poder executivo e da administração pública, o Conselho de Estado), enquanto o segundo tomo é integralmente dedicado, em suas 276 páginas, a uma análise dos vários aspectos relacionados ao exercício do poder moderador. Uma passada de olhos no índice da obra já é suficiente para demonstrar a importância da posição jurídico-política do Imperador como questão de direito administrativo, o que já é também um forte indício das funções cumpridas pelo discurso jus-administrativista no período.

No preâmbulo Sousa explica “como, por quê e com que fim” escreveu o livro, indicando ter assumido consciência da importância do direito administrativo após visitar a Europa e se dar conta do fato de que “se a liberdade política é essencial para a felicidade de uma Nação, boas instituições administrativas apropriadas às suas circunstâncias e convenientemente desenvolvidas não o são menos” (SOUSA, 1862-I:iv).

Assim, considerou necessária a realização de um estudo sobre o direito administrativo que não se limitasse à apresentação da legislação especial e da prática administrativa, mas pudesse fornecer uma síntese teórica dos princípios básicos do direito administrativo, concebido como ciência; e, além disso, que não fosse simplesmente a tradução em português da doutrina européia, mas que representasse a elaboração de uma teoria adequada às peculiaridades da sociedade e do Estado brasileiro. Argumenta o autor:

Tive muitas vezes ocasião de deplorar o desamor com que tratamos o que é nosso, deixando de estudá-lo, para somente ler superficialmente e citar coisas alheias, desprezando a experiência que transluz em opiniões e apreciações de estadistas nossos (SOUSA, 1862-I:viii).

E, após:

Comecei a organizar e a desenvolver o plano, até então mental e geral, dando a preferência à síntese, isto é, descendo das teses e princípios gerais para as aplicações particulares (SOUSA, 1862-I:ix).

Para bem compreender a exposição positiva e prática que tenho de fazer, é preciso, pelo menos, conhecer os rudimentos da ciência. Porquanto os rudimentos, isto é, as definições, as divisões, as classificações, certas noções primordiais, aliás, simples

e claras, desprezadas pelos espíritos levianos e superficiais, são tudo nas ciências, porque é delas que partem, é nelas que se baseiam. As complicações aparecem no desenvolvimento, nas aplicações (SOUSA, 1862-I:x).

Aparece, então, também na mais importante obra do século XIX sobre o direito administrativo, a mesma preocupação comum a vários dos autores que se dedicam a estudar a matéria no Brasil: em primeiro lugar, a necessidade de que ela fosse estudada com uma perspectiva científica, ou seja, levando-se em consideração as grandes sínteses e os princípios gerais que permitem que as leis e a prática administrativa sejam adequadamente compreendidas; e, em segundo lugar, a imperiosa necessidade de construção de uma doutrina efetivamente nacional, que fosse capaz de compreender as especificidades de nosso regime jurídico-administrativo. Sousa chega a ser atrevido em sua reclamação por uma ciência brasileira do direito administrativo, apontando não só a inadequação da doutrina francesa às peculiaridades nacionais, mas até mesmo erros cometidos pelos grandes mestres europeus:

Nem sempre, nem em tudo, podem os autores franceses ser nesta matéria guias seguros para nós.

1º Porque imprimem nas suas doutrinas o tipo de suas instituições peculiares, e portanto daquela centralização excessiva e minuciosidade regulamentar que tanto as caracteriza.

2º Porque vários desses autores, especialmente os primeiros que escreveram, cometem erros, descobertos e demonstrados por outros que lhes seguirão.

Quem, por exemplo, for buscar noções de contencioso administrativo em Macarel, em Degerando e outros, aliás escritores de grande nota, ficará fazendo desse ramo importantíssimo do direito administrativo uma idéia errônea ou obscura, confusa e incompleta (SOUSA, 1862-I:xi).

A estas duas características, já presentes nas obras de outros autores, Paulino de Sousa acrescenta uma terceira, certamente influência de sua própria trajetória profissional¹¹⁴, mas que não deixa, por isso, de ser também uma importante marca do discurso jus-administrativista em circulação no Brasil do século XIX: a necessidade de conhecimento da prática administrativa – ausência notada (e criticada) por Sousa nas obras de Veiga Cabral e de Vicente Pereira do Rego:

Demais, a maior parte dos tratados e obras existentes foram escritos por professores de direito administrativo, mui versados em teorias, porém faltos

¹¹⁴ Paulino de Sousa ocupou posições de grande relevância nos três poderes do Estado brasileiro, tendo atuado no judiciário como juiz de fora, ouvidor, desembargador e ministro do Supremo Tribunal de Justiça; no legislativo como deputado pela província do Rio de Janeiro e senador do Império; e na administração desempenhando as funções de presidente de província, ministro da justiça, ministro dos negócios estrangeiros e conselheiro de Estado.

daquela prática que somente pode ser adquirida na administração (SOUSA, 1862-I:xiii).

Assim, buscando transformar a sua experiência administrativa em conhecimento teórico a ser transmitido e aplicado pelos leitores de seu livro, Paulino de Sousa pretendia contribuir para a construção de uma ciência do direito administrativo que não perdesse o seu caráter teórico e científico, e correspondesse à realidade administrativa específica do Estado brasileiro. Para isso baseou seu estudo em cinco tipos de fontes: a legislação de natureza administrativa vigente; os trabalhos do Conselho de Estado entre 1842 e 1860; as discussões travadas no parlamento; a doutrina francesa, considerada a “mais completa e desenvolvida” (SOUSA, 1862-I:ix); e a doutrina de outros países estrangeiros, especialmente Portugal, Espanha, Bélgica, Inglaterra e Estados Unidos.

Com tais objetivos em mente, o autor inicia o seu estudo pela localização científica do direito administrativo, considerado subespécie do direito público interno, ao lado do direito constitucional ou político. Assim, enquanto atribui ao direito constitucional a função de regular a forma do governo, a extensão dos poderes políticos e as garantias dos direitos do cidadão, atribui ao direito administrativo a função mais específica de definir a ação do Poder Executivo em suas relações com os interesses dos administrados e o interesse geral do Estado, com o que adota a definição clássica de Laferrière:

O direito administrativo propriamente dito é a ciência da ação e da competência do Poder Executivo, das administrações gerais e locais, e dos Conselhos Administrativos em suas relações com os interesses ou direitos do administrados, ou com o interesse geral do Estado (SOUSA, 1862-I:7).

Estabelece, em seguida, a diferenciação entre ciência da administração e ciência do direito administrativo, considerando a segunda mais positiva e prática quando comparada com a primeira, mais especulativa e preocupada com os fenômenos sociais, em vez das leis escritas (SOUSA, 1862-I:12). Distingue o Poder Administrativo do Poder Político e afirma a existência de uma subordinação entre eles, cabendo ao poder político organizar o pensamento administrativo e o pôr para obra (SOUSA, 1862-I:18). Tudo muito de acordo, como se percebe, com a doutrina francesa sobre o direito administrativo, contribuindo para a construção de uma teoria justificadora do processo de burocratização, autonomização e racionalização do Estado moderno, já a pleno vapor na Europa ocidental, mas ainda incipiente na realidade brasileira. Mas as

peculiaridades da realidade nacional já aparecem, neste início de texto, em uma longa nota de rodapé, que em 12 parágrafos faz com que a materialidade do real se imiscua com a abstração asséptica da doutrina exógena, permitindo que vislumbremos novamente o sentido assumido do discurso jurídico-administrativo ao ser inserido no dispositivo de poder em atividade no país:

Não há talvez país em que a administração esteja mais confundida com a política do que o Brasil, e onde menos tenha feito a legislação para distingui-las e separá-las. Tudo é política, principalmente pessoal; tudo resumbra política, e é considerado pelo lado político. A imprensa somente se ocupa da política; todas as discussões nas Câmaras e fora delas são políticas, ou tem relação com a política. As grandes questões econômicas e administrativas que tanto importam ao futuro do Império são postas de lado, exceto quando accidental e ocasionalmente se manifesta a urgência da solução de algum caso especial.

Em um país cuja administração está, para assim dizer, no caos e na infância, passam sessões e sessões legislativas sem que seja adotada medida administrativa de alguma importância, excetuadas as que são de expediente, e tendem a satisfazer vagamente, em uma espécie, alguma necessidade indeclinável que urge, alguma pretensão que aperta, pondo a faca na garganta.

A administração é por muitos considerada como um simples e cego instrumento da política para montar e desmontar partidos e influências eleitorais.

[...]

Na minha humilde opinião a justiça e a estabilidade da administração; a sua separação, quanta seja possível, da política, são meios poderosos que muito poderão contribuir para por um paradeiro ao dano que o modo pelo qual se tem feito nestes últimos tempos as eleições tem causado, e está causando ao país (SOUSA, 1862-I:24).

A nota de rodapé permite que seja compreendida adequadamente a preocupação de Paulino de Sousa com a separação entre a política e a administração. Não se trata da descrição fria e objetiva da realidade administrativa do Brasil submetida à regulação do direito; trata-se, pelo contrário, da crítica apaixonada do teórico com experiência prática, que se insurge contra a impossibilidade de aplicação da teoria à aparente irracionalidade do real, e assim propõe a construção de um aparelho de Estado correspondente ao seu ideal de racionalidade e justiça. Uma crítica como essa permite a compreensão mais precisa do papel desempenhado pelo direito administrativo no Brasil do século XIX, assim como do modo como o direito administrativo se relacionava com a realidade resistente ao seu discurso científico.

Observa-se, sim, a firme intenção de se adaptar a realidade ao discurso, promovendo-se uma transformação da realidade social considerada inadequada para a sua compatibilização com os ideais de racionalidade e organização importados da

doutrina européia. Isso não significa, porém, que os doutrinadores nacionais não fossem capazes de perceber as características da realidade nacional, e de adaptar as regras e princípios de direito administrativo a essa realidade. Nota-se, então, como até mesmo neste debate pontual sobre a separação de funções entre política e administração podemos encontrar indícios que fornecem a chave explicativa de compreensão do duplice papel desempenhado pelo direito administrativo no contexto: por um lado, realçar a figura do Imperador como alicerce jurídico-político da nação; por outro, contribuir para o árduo trabalho de construção de uma estrutura administrativa para o adolescente Estado nacional brasileiro.

Após o debate sobre a distinção entre política e administração, o autor analisa a distinção entre o poder administrativo e os poderes legislativo e judiciário, sempre com base na doutrina francesa. Em seguida, passa do exame das especificidades da atividade administrativa para um exame das especificidades da ciência do direito administrativo, diferenciando-o do direito constitucional e do direito civil, e apresentando as suas principais fontes geradoras: a antiga legislação portuguesa, a constituição, as leis do Império, os decretos e as resoluções imperiais. Ao final, menciona a Economia Política e a Estatística como ciências auxiliares do direito administrativo, cedendo novamente à influência francesa e contrariando a opinião do Conselheiro Ribas:

A primeira fornece as noções indispensáveis sobre os princípios que regulam a riqueza pública e os impostos. A segunda dados exatos sobre o território, distribuição da riqueza, população, recursos e produtos do trabalho social. É somente esse inventário do Estado, como lhe chama Macarel, que pode fornecer os meios seguros de apreciar um país, e de ordená-lo segundo suas necessidades. Serve também, em muitos casos, para indicar praticamente os vícios da legislação. É pedra de tocar, ou aferidor (SOUSA, 1862-I:43).

Não obstante, em nenhum momento da obra o autor se preocupa em fornecer conhecimentos mais profundos destas disciplinas auxiliares, o que parece indicar a sua importância muito mais teórica do que real neste período inicial de formação do direito administrativo brasileiro.

Encerrada a análise da cientificidade do direito administrativo, com a conclusão de que há na administração “princípios de eterna verdade, fixos e de aplicação universal, correspondentes a certas necessidades sociais e que formam um corpo de doutrina aplicável a todos os países” (SOUSA, 1862-I:49), Paulino de Sousa inicia uma discussão

sobre a importância de se considerar a população e a riqueza na organização da divisão territorial e administrativa do país, o que volta a aproximar o seu discurso daquele em circulação na Europa.

Afirma, assim, a necessidade de uma análise que leve em consideração as características territoriais, populacionais e de riqueza do país, de modo combinado, para a divisão das funções administrativas, de modo a assegurar a sua “completa harmonia” (SOUSA, 1862-I:52). Como sempre, cita o exemplo francês, país em que “não se fez uma organização administrativa acomodada a uma divisão preexistente e viciosa”, criando-se uma base territorial nova e em concordância com o sistema novo que havia sido criado.

Desse modo, o discurso retoma e faz circular as noções do direito administrativo disciplinar que se estava consolidando na França, afirmando a necessidade de criação *ex nihilo* de uma organização administrativa racional e compatível com os fins do Estado, e demonstrando a incorporação, ao discurso jus-administrativo nacional, da preocupação europeia com o quadriculamento e a disciplinarização da população no território. No entanto, assim como ocorrera com a discussão sobre a separação entre administração e política, também neste caso o Visconde de Uruguai está atento ao fato social, e compreende as dificuldades de implantação dos ideais da organização administrativa europeia no país.

Há desproporções enormíssimas [entre as diversas províncias do país – são citadas expressamente as de Minas Gerais, Mato Grosso, Espírito Santo, Bahia, Rio Grande do Norte e Santa Catarina], quanto à extensão do território, quanto à população, quanto à renda e quanto aos meios de aumentar esses elementos.

[...]

A dispersão da população, dispersão cuja tendência é, na frase de um escritor americano, barbarizadora, é um dos maiores obstáculos com que temos de lutar, na organização das nossas divisões políticas, administrativas e judiciárias.

A população que temos, correspondente à dos Reinos da Europa, está espalhada por um território muito maior que os mais extensos e populosos Impérios daquela importantíssima parte do mundo.

Se a população que hoje possui o Império estivesse concentrada em uma das suas mais férteis e colocadas províncias, posto que mediana em extensão, é fora de dúvida que o Brasil teria tido dobrado adiantamento, e possuiria mais que dobrada força. *Vis unita fortior*, e é difícil unir forças dispersas e separadas por imensas extensões quase desertas (SOUSA, 1862-I:55).

O que se percebe, então, é um jurista influenciado por autores estrangeiros, reivindicando a necessidade de uma disciplina ainda inexistente no país, como forma

de garantir o seu desenvolvimento diante das nações estrangeiras. Mas, ao mesmo tempo, um jurista que não fecha os olhos às especificidades da realidade nacional, e compreende as dificuldades de implantação dos ideais europeus à realidade brasileira.

Assim, aponta com agudez o fato de que as divisões territoriais, de população e de rendas no Brasil são baseadas em um critério que não é científico e racional, mas político. Com isso intui as características do dispositivo de poder então em funcionamento no Brasil, que assegurava o controle do território não por uma normalização racionalizadora do espaço, mas com base em critérios eleitorais e políticos – com os quais se pretendia manter a unidade nacional e fortalecer o poder soberano fundante do regime político, personalizado na figura do Imperador.

Não é possível subdividir as Províncias de modo que a ação do Presidente, independentemente de agentes intermediários seus, chegue eficaz a todos os pontos. Porquanto a nossa organização constitucional e administrativa, pelo menos enquanto o Império não estiver muito povoado, não é compatível com pequenas circunscrições territoriais.

[...]

Ainda que se faça uma nova divisão de províncias, nunca poderá ser tal o seu território que a ação administrativa do presidente possa chegar bem, independentemente de agentes administrativos auxiliares, a todos os pontos (SOUSA, 1862-I:64).

Impossível, para o Império, preocupar-se com o governo normalizador do território e da população, por pura impossibilidade material: não dispunha de pessoal em quantidade suficiente. Mais tarde na obra, ao comentar os agentes administrativos, Sousa retorna à questão, afirmando ser justamente esse o principal defeito da administração pública brasileira:

É este o grande defeito das nossas administrações. Têm grande luxo de pessoal. Têm cabeças enormes, quase não têm braços e pernas. [...] Ver-se-á que a nossa organização administrativa peca pela falta de meios e de ação. É uma cabeça enorme em um corpo entanguído (SOUSA, 1862-I:184).

Diante da ausência dos meios necessários para o exercício da regulação da sociedade, restava à administração o cumprimento das tarefas típicas do dispositivo de poder soberano: a dedicação à conservação do domínio sobre o território e da fidelidade dos súditos, com o reforçamento do poder central e a manutenção da unidade nacional.

Na continuação da discussão sobre a burocracia de Estado, Paulino de Sousa reforça a sua vinculação política com o Imperador, considerando-os representantes do poder soberano exercido até nas extremidades do sistema político. Trata-se, contudo, de um poder exercido sem a pretensão de disciplinamento minucioso das condutas individuais, o que torna dispensável a organização de um aparelho administrativo técnico, autônomo e racionalizado, como na administração pública européia. Os agentes administrativos do Brasil do século XX não constituíam um corpo burocrático de técnicos a regulamentar a vida social, mas um corpo político de acólitos do Imperador, com a função de atuarem como símbolos do poder central na periferia da política nacional.

Sendo os agentes administrativos agentes da administração, a qual faz parte do Poder Executivo, é fora de dúvida que é este quem os deve nomear, quando são destinados a levar a efeito atribuições relativas a negócios e interesses gerais.

Primeiramente, porque esses agentes são os instrumentos da administração, e não deve ela ser privada de escolher os instrumentos por meio dos quais há de satisfazer a tarefa da qual é incumbida pelas leis.

Em segundo lugar porque é necessário que esses agentes estejam imbuídos do pensamento do Governo e lhe sejam leais. Não é possível atingir bem esse fim não sendo tais agentes escolhidos e demitidos pela mesma administração cujos agentes são.

Em terceiro lugar, porque esses agentes obram debaixo da responsabilidade, pelo menos moral, do Poder Executivo, e podem empenhá-la e comprometê-la. É portanto de rigorosa justiça que, salvo certas exceções, lhes pertença nomeá-los e demiti-los (SOUSA, 1862-I:186).

A continuidade com relação à estrutura administrativa pré-moderna é de tal monta que sequer se verifica, já na segunda metade do século XIX, a separação completa entre agentes administrativos e agentes judiciários. A diferença com relação à experiência francesa é gritante até mesmo para Paulino de Sousa, que se insurge contra a ausência de pessoal bastante para a concretização da separação de funções preconizada pela teoria:

Na verdade, a mistura de atribuições administrativas e judiciárias no mesmo agente tem graves inconvenientes. Esta mistura, desde os tempos em que vivemos sujeitos à Monarquia Portuguesa, tem se dado, e ainda se dá entre nós, e repugna à divisão de poderes. [...]

Provém isso primeiramente de que não temos uma organização administrativa completa e perfeita, nem agentes administrativos distintos

nas localidades, aos quais pudessem ser incumbidas atribuições de natureza meramente administrativa e geral. E mesmo em alguns lugares não há pessoal suficiente e suficientes negócios para uma completa separação. Provém, em segundo lugar, de não haverem sido ainda bem analisados, extremados e classificados os assuntos na nossa legislação (SOUSA, 1862-I:186).

O problema da incompatibilidade entre realidade e teoria aparece também na extensa análise técnica realizada por Paulino de Sousa sobre a distinção entre administração graciosa e administração contenciosa, novamente baseada na doutrina francesa. Após apresentar todas as sutilezas teóricas, conclui que tampouco esta classificação tem grande relevância em nosso ordenamento jurídico-administrativo, marcado pelo arbítrio do poder Executivo e pela ausência de garantias aos administrados:

Se quando, em 1841, foi instituído entre nós o novo Conselho de Estado, se houvesse ordenado que as respectivas Seções examinassem previamente, antes de interpor parecer sobre o merecimento da questão, se era ela de natureza graciosa ou contenciosa, possuiríamos hoje, classificadas, matérias de 20 anos, que poderiam dar alguma luz sobre o nosso contencioso administrativo, que temos, e não podemos deixar de ter, embora não saibamos bem o que ele é.

Não se fez isso, e não é de admirar que não ocorresse a ninguém a necessidade de fazê-lo, porque a defectiva e imperfeitíssima lei do nosso Conselho de Estado não deu, como veremos, quando nos ocuparmos dessa instituição, alcance algum à importantíssima distinção entre o gracioso e o contencioso, posto que a consagrasse.

Cuidou mais do Conselho de Estado como político do que como administrativo (SOUSA, 1862:112).

E, em seguida:

O nosso contencioso administrativo não oferece todas essas garantias. Entre nós não é indispensável em matéria contenciosa a audiência das seções ou do Conselho de Estado. [...]

Assim, entre nós, o contencioso administrativo pode ser decidido pelo Poder Executivo puro, e pelo discricionário e gracioso. A distinção entre o gracioso e o contencioso fica por esse modo sem alcance algum, e sujeita a um mero arbítrio.

O nosso processo administrativo é muito deficiente e perfunctório, como veremos oportunamente.

A publicidade, garantia importantíssima, não está organizada e desenvolvida como na França. E de pouco serviria, uma vez que o Governo tem o arbítrio de subtrair as questões contenciosas e de decidi-las pelo meio discricionário.

As Consultas das Seções e do Conselho de Estado não têm a força e a importância que têm, por exemplo, na França.

Não têm sido coligidos, nem se trata de coligir, as tradições e arestos que podem servir, como na França servem, de regra e guia, pelo que a jurisprudência

administrativa contenciosa é entre nós muito arbitrária e obscura, e apenas acessível aos que têm entrada nas Secretarias, e coragem bastante para desempoeirar maços de papel enormes, onde tudo jaz sepultado no pó do esquecimento (SOUSA, 1862-I:126).

A politização da administração se manifesta também na atuação do Conselho de Estado, órgão a que Paulino de Sousa dedica mais de cem páginas de seu livro, sempre criticando-o por seu caráter excessivamente político. Assim, chega a propor a criação de um órgão específico para o aconselhamento do Imperador no exercício das suas funções políticas, distinto do conselho de Estado de caráter administrativo:

Eu teria criado um Conselho Privado e um Conselho de Estado. O Conselho Privado para aconselhar o Imperador no exercício das atribuições de dirigir as negociações políticas com as Nações Estrangeiras, de fazer Tratados de aliança ofensiva e defensiva, e de subsídio, de declarar a guerra e fazer a paz.

O Conselho de Estado auxiliaria o Poder Executivo no exercício de todas as outras atribuições políticas, e em todas as administrativas.

Digo em todas as outras atribuições políticas, porque algumas prendem por tal modo com o administrativo, que não é possível instituir uma separação completa e minuciosa (SOUSA, 1862-I:280).

Embora não tivesse sido organizado como o Conselho de Estado francês, o que o tornava incapaz de desempenhar a função de órgão máximo da ação administrativa do Estado que Sousa desejava que desempenhasse, a inegável importância do Conselho de Estado se demonstra pela quantidade de páginas dedicadas pelo autor ao seu estudo. A aparente contradição entre a existência real de um Conselho de Estado excessivamente político e o estudo ideal da instituição pelos administrativistas não pode ser explicada de forma simplista; apesar de importantes, a influência teórica da doutrina francesa e a continuidade, por inércia, dos temas debatidos na Europa não são elementos suficientes para explicar a importância da questão na ciência do direito administrativo do Brasil do século XIX.

O que tais características parecem indicar, mais que a influência francesa, é justamente a importância da discussão política para o direito administrativo brasileiro de meados do século XIX, que, pouco preocupado (talvez por incapacidade, talvez por desnecessidade) com a efetiva *administração* da vida urbana nacional, voltava-se ao cumprimento de outro tipo de tarefa, sendo reterritorializado pelo dispositivo de poder soberano então em funcionamento no país: a *constituição* de uma ordem política

nacional, buscando o robustecimento do Imperador como mito fundante do Estado brasileiro.

Só isso pode explicar, além da forte preocupação com a compreensão da atuação de um Conselho de Estado essencialmente político (e visto dessa forma pelos próprios doutrinadores), a dedicação de todo o segundo tomo do *Ensaio sobre o Direito Administrativo* ao estudo do poder moderador, considerado ponto de equilíbrio e harmonização de todos os poderes existentes em concorrência na sociedade brasileira – quando, ainda que um estudo sobre o direito administrativo devesse se preocupar com o Imperador como ponto supremo da administração pública brasileira, era de se esperar que se dedicasse a examinar o seu papel como chefe do Poder Executivo, em vez de titular do Poder Moderador:

O assunto do Poder Moderador não é, por certo, administrativo, mas sim político. Parecerá, portanto, e com alguma razão, que não é este o lugar próprio para agitá-lo, e com algum desenvolvimento.

Contudo, como o nosso Conselho de Estado não é somente administrativo, mas também político e destinado a aconselhar o Poder Moderador, a exposição e considerações em que vou entrar, e que procurarei abreviar e resumir quanto me for possível, farão melhor compreender o que expus anteriormente, e a necessidade, importância e organização de uma corporação à qual confiou a lei a alta incumbência de aconselhar a Coroa no exercício das altas funções do Poder Moderador (SOUSA, 1862-II:1).

É o próprio Paulino de Sousa a recordar que o Poder Moderador é definido no art. 98 da Constituição como sendo “a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos”. Para interpretar o dispositivo recorre ao estudo de Pimenta Bueno, transcrevendo integralmente o parágrafo 265 do seu *Direito Público Brasileiro*, onde se pode ler que:

O Poder Moderador [...] é a suprema inspeção da Nação, é o alto direito que ela tem, e que não pode exercer por si mesma, de examinar o como os diversos Poderes políticos, que ela criou e confiou a seus mandatários, são exercidos. É a faculdade que ela possui de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita e concorra harmoniosamente com outros para o fim social, o bem ser nacional; é quem mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão; é enfim a mais elevada força social, o órgão político o mais ativo, o mais influente, de todas as instituições fundamentais da Nação (SOUSA, 1862-II:35).

O Poder Moderador é concebido pelos administrativistas do século XIX como sendo essencialmente um poder de *conservação* da unidade política da Nação, em oposição ao Poder Executivo, visto como um poder de *movimento e transformação* (SOUSA, 1862-II:49). A ênfase no estudo do modo como o Imperador exerce esse poder não passa, dessa forma, de reflexo do modo como se concebe o direito administrativo no Brasil, assim como das funções que lhe são atribuídas: não a de manter a permanente regulação da vida social com o crescimento contínuo e ordenado das forças úteis, mas a de conservar harmonicamente a ordem política já existente, contribuindo para a manutenção da estabilidade política e a proteção da unidade nacional. Ao vincular (de maneira teoricamente indevida, deve-se ressaltar) a ação administrativa do Estado ao exercício do Poder Moderador (em vez do Poder Executivo), o discurso jus-administrativista em circulação no país acaba atribuindo-lhes as mesmas finalidades, o que demonstra a reterritorialização ocorrida na transferência do novo ramo do direito para um dispositivo de poder diverso daquele que lhe deu origem:

O Poder Moderador não tem por fim, nem tem nas suas atribuições, meios para constituir nada de novo. Não é poder ativo. Somente tem por fim conservar, moderar a ação, restabelecer o equilíbrio, manter a independência e harmonia dos mais poderes (SOUSA, 1862-II:60).

É pertinente ressaltar que essa vinculação não ocorre apenas de modo implícito, quando os estudos sobre o direito administrativo enfatizam indevidamente o papel do Conselho de Estado e a análise sobre o exercício do Poder Moderador. Faz parte do próprio debate teórico e político do período, sendo objeto de forte polêmica entre os doutrinadores a questão da necessidade de referenda dos atos do Poder Moderador pelos Ministros de Estado (membros do Poder Executivo) – defendida por Zacarias de Góes e Vasconcellos e criticada por Paulino de Sousa¹¹⁵:

¹¹⁵ A crítica de Paulino de Sousa motiva inclusive a publicação, em 1862, da 2ª edição do estudo de Góes e Vasconcellos *Da Natureza e Limites do Poder Moderador*, publicado originalmente em 1860. O autor faz referência à polêmica no prefácio à sua obra, explicando que:

Recebido por uns com suma benignidade, e por outros atacado com rigor, era justo que àqueles agradecesse, como agradeço, a sua benevolência, e a estes opusesse, defendendo o opúsculo, algumas reflexões.

Subiu, porém, de ponto a necessidade dessa defesa quando uma obra do Sr. Visconde de Uruguai, há tempos ansiosamente esperada pelo público, saindo à luz em abril último, com o título de *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, e referindo-se ao meu pequeno trabalho, não só combate idéias que ele contém, mas prometendo pôr termo à gravíssima questão da responsabilidade ministerial pelos atos do poder moderador, que, segundo afirma, até

Todas as teses da Constituição, relativas ao poder moderador, são, como se vê, dominadas por aquela que solenemente declara a pessoa do Imperador inviolável, sagrada, não sujeita a responsabilidade alguma.

Ora diz o bom senso que declarar (em país livre) irresponsável uma pessoa, a quem se confiam tão transcendentais funções, implicaria grave absurdo, se a sua inviolabilidade não fosse protegida pela responsabilidade de funcionários sem os quais nada pudesse levar a efeito.

A inviolabilidade do Chefe do Estado sem a correspondente responsabilidade de ministros, que seja inseparável daquela, como a sombra é do corpo, implicaria, disse eu, grave absurdo, porque não há na natureza das coisas, nem pode haver nas leis meio de evitar que, de qualquer modo, responda por seus atos aquele que não tiver agentes que tomem, ante a lei e a opinião, a responsabilidade de tais atos. A lembrança do rei inglês que, assentado em uma cadeira de estado na praia, ordenara ao mar que retrocedesse, teria um símile na do chefe de nação livre, que, desacompanhado de agentes responsáveis no exercício de funções importantíssimas, pretendesse opôr barreira às ondas da opinião, tão indômitas como as do oceano, para que lhe respeessem a inviolabilidade.

Isto posto, pretendo mostrar que, pela Constituição, a qual foi promulgada em 1824, os ministros de estado respondiam por todos os atos do poder moderador, como os conselheiros de estado pelos maus conselhos que nessa matéria dessem: que depois do Ato adicional a responsabilidade ficou só pesando sobre os ministros: que com a promulgação da lei de 23 de Novembro de 1841 de novo o conselho de estado partilha com o ministério, cada um na sua órbita, a responsabilidade dos atos do poder moderador (VASCONCELLOS, 1862:15).

É absurdo formar com todas as atribuições de natureza neutra um 4º poder, elevá-lo à categoria de Poder Político, declará-lo delegação da Nação, confiá-lo ao Chefe Supremo e primeiro Representante da Nação exclusivamente, isto é, com exclusão de todos os outros Poderes, e portanto do Executivo, distingui-lo e separá-lo acuradamente do Executivo, tratar dele em capítulo separado da Constituição, e logo depois, por uma inexplicável reviravolta, convertê-lo em rabadilha do Executivo [...]

Fazer depender todos esses atos do Poder Moderador da referenda, e portanto da apreciação e vontade de agentes de outro Poder, o Executivo, é por certo refundir o que a Constituição separou; é por certo destruir, nulificar um poder privativo, independente, que a Constituição criou; é fazer depender o fiscal do fiscalizado.[...]

A ação do Poder Moderador depende de apreciações tão superiores, tão vastas, tão vagas, tão complexas, de circunstâncias tão variáveis, que a lei não pode marcar as condições da responsabilidade no seu exercício. [...]

Onde existe um padrão do bem do Estado? (SOUSA, 1862-II:64-71).

A discussão pode mesmo parecer absurda, ou mero preciosismo técnico, mas é extremamente relevante para a compreensão da função desempenhada pelo direito administrativo no período. Por um lado, demonstra o desempenho de funções

aquele momento não tivera solução definitiva, estabelece, com a autoridade do nome do seu autor, as mais estranhas doutrinas (VASCONCELLOS, 1862:2).

consideradas administrativas pelo Imperador, não só como chefe do Poder Executivo, mas também como titular do Poder Moderador, ou seja, representante da soberania nacional; por outro lado, demonstra a função essencialmente política da atividade administrativa então realizada pelo aparelho de Estado nacional, buscando-se regular juridicamente não só a relação dos ministros com a atuação executiva-administrativa do Imperador, mas também com a sua atuação moderadora-política – que evidencia o sentido constitucional-soberano da ação administrativa do Estado brasileiro.

Ao final, a discussão sobre a necessidade de referenda ministerial pressupõe um debate sobre a responsabilidade dos atos praticados pelo Imperador no exercício do Poder Moderador, o que demonstra uma percepção, no período, de que não havia tanta diferença entre o exercício concreto do Poder Moderador e do Poder Executivo: em ambos se manifestava o exercício da ação política Imperial, com maior ou menor grau de travestimento dessa atuação com trajes administrativos.

Essa percepção é compartilhada pelos dois doutrinadores, ainda que partindo dela cheguem a conclusões diferentes: de um lado, Góes e Vasconcellos considera necessária a referenda ministerial por não enxergar diferença entre a ação administrativa e a ação política do Imperador, exigindo a responsabilização de alguém pelos atos praticados, e recusando-se a reconhecer o corpo de ministros como corpo burocrático exclusivamente administrativo para tratá-lo como órgão político – o que fortalece o vínculo entre política e administração, ressaltando a função essencial do Imperador como alicerce constitucional do Estado Brasileiro; do outro lado, Paulino de Sousa considera desnecessária a referenda ministerial justamente por considerar ilimitável a atuação política do Imperador na busca da felicidade nacional, igualmente ressaltando a sua posição como a “chave de toda a organização política” e garante da felicidade da nação – onde, senão no próprio Imperador, encontrar um padrão de bem do Estado? Responde o próprio autor que “dos atos do Poder Moderador não pode vir odiosidade do Imperador, porque as atribuições desse Poder são essencialmente protetoras e benéficas” (SOUSA, 1862-II:89).

O livro continua com a reafirmação do poder do Imperador em um capítulo em que se discute a inadequação da frase “o rei reina, mas não governa” ao sistema constitucional brasileiro, e encerra com uma discussão sobre a necessidade de centralização política para que o Poder Executivo, “quer considerado como Poder

político, quer como administrativo”, possa bem dirigir “os interesses comuns confiados à sua guarda e direção” (SOUSA, 1862-II:168). O autor é enfático ao sintetizar a sua opinião: “Em uma palavra, sem a centralização não haveria Império”. E a justifica questionando: como ligar o Sul e o Norte do país, como uniformizar moeda, pesos e medidas, como administrar Exército e Marinha, como resolver interesses conflitantes, como promover melhoramentos nas localidades, como criar um sistema de comunicações que unisse as diversas partes do Império, sem a “unidade da Nação e a unidade do poder” que assegurem ao governo central os meios para fazê-lo? (SOUSA, 1862-II:178).

Pode-se concluir que também na obra de Paulino de Sousa se verifica a dupla preocupação constatada nos outros estudos do período sobre o direito administrativo: por um lado, com a construção de uma estrutura forte e centralizada o suficiente para manter a estabilidade e a integridade do recém-criado Estado brasileiro; por outro lado, com o fortalecimento da legitimidade do governo Imperial e da pessoa do Imperador como foco de concentração e fator de equilíbrio dos poderes existentes no país.

Com isso se reitera mais uma vez a tese sobre a função desempenhada pela ciência do direito administrativo no período: em vez de cumprir a tarefa de disciplinamento social, atuando como instrumento de intervenção governamental sobre a vida social de modo a promover o aumento contínuo das forças do Estado e a sua defesa contra os perigos internos, o direito administrativo parece ter atuado menos como *administração regulamentar* e mais como *constituição soberana* do regime político Imperial, afirmando-se como instrumento político de promoção da felicidade nacional – e, portanto, de legitimação e conservação da ordem política. A última frase do livro de Sousa o demonstra com clareza:

Com instituições administrativas que preencham essas condições, com a liberdade política que a Constituição encerra, com um espírito público esclarecido e prudente, possuiremos os principais elementos que podem assegurar a felicidade de uma Nação (SOUSA, 1862-II:276).

O ano de 1865 marca o início de outra importante transformação no ensino jurídico brasileiro. Nesse ano o Decreto 3454 (26 de abril de 1865) tenta dividir as Faculdades de Direito em duas seções distintas: Ciências Jurídicas e Ciências Sociais. A seção de Ciências Jurídicas permaneceria com a mesma estrutura, mas a seção de Ciências Sociais teria um enfoque maior no ensino direito público, contemplando matérias de

direito natural público e privado, constitucional, internacional e diplomacia, administrativo e economia política, e tornando facultativa a cadeira de Direito Eclesiástico. O projeto nunca chegou a ser executado, em parte por resistências da Faculdade de Direito do Recife, mas principalmente pela queda do gabinete ministerial do seu autor; ainda assim, a proposta permaneceria sob discussão, e viria a dar origem a uma grande transformação no campo de circulação da ciência brasileira do direito administrativo, a ser causada pela Reforma do Ensino Livre, em 1879.

Conclui-se, em suma, que o período entre 1854 e 1879 se caracteriza como fase de formação do direito administrativo brasileiro. Durante o período circula no ambiente erudito um discurso que lhe atribui forte papel constituinte-soberano, voltado à fundação do Estado brasileiro, pela atribuição de um fundamento de legitimidade ao poder soberano do Imperador. Essa função não é cumprida simplesmente com a atribuição de legitimidade ao poder soberano, mas através da construção mítica de um soberano criado para agir, ele próprio, como fundamento de um Estado sem fundamento – porque sem povo, sem nação, sem legitimidade originária –, na medida em que, responsável por assegurar a felicidade da população e satisfazer o interesse geral, age como fator de unificação de uma sociedade nova e heterogênea.

4.4 Rumo à República: consolidação e disciplinarização (1879-1895)

As transformações propostas em 1865 seriam apenas uma pequena amostra da grande revolução que viria a ser promovida no ensino jurídico do Brasil pela Reforma do Ensino Livre, realizada pelo Decreto 7247, de 19 de abril de 1879. A Reforma instaura a liberdade de frequência dos alunos, a liberdade de ensino dos professores e a liberdade de organização das faculdades, acabando com os exames parciais e instituindo a figura do *bacharel auto-didata* – que não precisa frequentar as aulas, desde que seja aprovado nos exames finais de cada disciplina. Além disso, realiza a divisão das Faculdades conforme as seções propostas em 1865, em um Curso de Direito, com as mesmas disciplinas e voltado essencialmente à formação de advogados e magistrados, e um Curso de Ciências Sociais, voltado essencialmente à formação de funcionários diplomáticos e de repartições públicas.

Tendo por objetivo a formação de um corpo técnico preparado para assumir funções administrativas na burocracia de Estado, o Curso de Ciências Sociais parece ter um enfoque diferenciado com relação ao direito público, incluindo no programa do curso, além do direito administrativo, as disciplinas de *Ciência das Finanças e Contabilidade do Estado*, *Ciência da Administração* e *Higiene Pública*.

Não são apenas alterações formais, pois indicam a ocorrência de transformações consideráveis no ensino jurídico do país: primeiramente, percebe-se a formação de uma importante divisão do trabalho político-ideológico no corpo da elite intelectual brasileira – de um lado, um grupo de juristas responsáveis pela construção de um discurso legitimador do poder estatal e pela aplicação das leis, assegurando a manutenção dos fundamentos de poder do Estado; de outro lado, um grupo de cientistas sociais responsáveis pela organização e atuação do Estado, mantendo suas relações com outros Estados (dispositivo diplomático) e com a sociedade (dispositivo de polícia) para assegurar, não os fundamentos, mas o exercício concreto do poder estatal.

Além disso, a inclusão no currículo do Curso de Ciências Sociais da disciplina de *Higiene Pública* parece ser um forte indício de que, se no Curso de Direito o direito administrativo mantinha a sua função constitucional-soberana de legitimar o poder do Estado, no Curso de Ciências Sociais ele talvez já estivesse desempenhando uma

função mais próxima daquela para a qual foi criado na Europa – de normalização disciplinar, regulamentando a intervenção do Estado sobre a sociedade de modo a reduzir os perigos internos e aumentar as suas forças.

Percebe-se, então, que a Reforma do Ensino Livre representa um marco de ruptura na história do ensino do direito administrativo, pois modifica o modo como se enxergam o seu conteúdo e a sua função. Apesar da falta de dados para o período entre 1879 e 1883, o programa de 1884 é uma boa amostra da revolução que iria representar a Reforma para o ensino do direito administrativo. Neste ano a cadeira de direito administrativo das duas seções da Faculdade de Direito de São Paulo (*Curso de Ciências Jurídicas* e *Curso de Ciências Sociais*) foi assumida pelo prof. José Rubino de Oliveira, que logo em seguida publicou a sua *Epítome de Direito Administrativo segundo o Programa do Curso de 1884*, redigida com o intuito explícito de servir como texto-base da disciplina. Trata-se, então, de fonte confiável para conhecermos o conteúdo do direito administrativo ensinado no período, até porque o sumário da obra é idêntico ao programa da disciplina:

O pequeno livro, que publico, sob o título de Epítome de Direito Administrativo Brasileiro, contém apenas um resumo das preleções que fiz, desenvolvendo as teses indicadas no programa, por mim apresentado à muito ilustrada Congregação dos Lentes da nossa Faculdade de Direito, na primeira sessão do corrente ano de 1884 (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884:vi).

O que se infere da leitura da obra é que o curso é centrado na questão da organização do poder e da construção do Estado. Segue, desse modo, uma estrutura bastante similar à estrutura das obras publicadas no período anterior, mas com uma ênfase maior na organização de uma estrutura administrativa para o Estado brasileiro, e uma preocupação apenas secundária, quando não inexistente, com o fortalecimento do poder e da figura do Imperador no interior da ordem política e administrativa nacional. Verifica-se, quanto a este ponto, a continuação das tendências que já haviam sido percebidas nas obras publicadas no período de formação da ciência brasileira do direito administrativo, com um direito administrativo muito mais preocupado em organizar o poder político que em disciplinar a sociedade.

A obra é, assim, dividida em cinco grandes partes, dedicadas, respectivamente, a uma análise sobre o estatuto e a posição científica do direito administrativo; à ciência da administração, considerada em si mesma; à estrutura da administração brasileira, e

aos elementos que a compõem; aos administrados e ao tipo de relações que estabelecem com a administração; e à justiça e ao processo administrativo.

Embora o autor inicie sua análise com uma referência à doutrina francesa, que define o direito administrativo como “o estudo das regras e das leis que regem as relações e recíprocos direitos e deveres entre a administração ou autoridades administrativas, e os administrados ou cidadãos” (RUBINO, 1884:4), a verdade é que a obra quase não aborda as relações das autoridades com os cidadãos, limitando-se a identificar as classes de administrados conforme a sua posição no sistema constitucional.

Ao definir a localização científica do direito administrativo, distingue o direito público do direito privado, pelo fato de o primeiro ser dirigido pelo interesse social, enquanto o direito privado é dirigido pela equidade natural; e classifica o direito administrativo como ramo do direito público interno (RUBINO, 1884:8). Ressalta o seu vínculo inseparável com o direito constitucional, o que contribui para que lhe seja atribuída a função constituinte que o caracteriza no período. Ainda como consequência dessa dificuldade de elaboração de um conceito específico de direito administrativo, acaba por realizar a sua definição por exclusão, com a afirmação de que pertencem à órbita da disciplina:

Todas as necessidades e interesses que não pertencem nem à ordem política, nem à ordem privada, nem ao ramo criminal, do qual se distingue por sua matéria. Pelo que pode-se concluir que o direito administrativo se compõe de todas as leis sociais internas, com exceção das que servem de fundamento à organização constitucional e das que entram no domínio do poder judicial; ou, por outra forma, a órbita do domínio deste direito compreende as de todas as leis de ordem pública, não política, nem criminal, no interior do Estado (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884:9).

Percebe-se, então, que já ao final do século XIX ainda permanece a dificuldade de reconhecimento da autonomia de objeto da disciplina – o que talvez seja uma consequência do fato de que o novo ramo do direito ainda não havia se mostrado capaz de desempenhar tarefas distintas daquelas desempenhadas pelo direito público como um todo, e pelo direito constitucional em particular: de constituição e fundação de uma estrutura de Estado para o Brasil.

Após apresentar as relações do direito administrativo com os outros ramos do direito, e identificar as principais fontes da ciência do direito administrativo (as leis que regulam as relações entre a administração e os administrados, as leis concernentes à

organização administrativa, os atos regulamentares do poder executivo, a jurisprudência administrativa, as leis constitucionais, as leis ordinárias em geral e os tratados com as potências estrangeiras), o autor passa a uma análise sobre a ciência da administração, afirmando que ela possui duas ordens de fundamentos: os princípios imutáveis da justiça e do direito natural, e a legislação positiva (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884:20).

Quanto aos princípios da justiça, parte da premissa de que a própria natureza humana exige a vida social, baseada necessariamente em três condições essenciais: a existência do direito, de um poder público organizado e da sedentariedade dos membros constituintes dessa sociedade (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884:23). A partir dessa constatação, ressalta o fato de que o poder público é sempre único, sendo a idéia de unidade o princípio determinante da personalidade jurídica da sociedade, da soberania, e da finalidade da instituição social, concebido como o desenvolvimento da perfectibilidade.

De tais premissas podem ser extraídas duas inferências: em primeiro lugar, o fato de que na década de 80 do século XIX ainda não havia sido abandonado o vocabulário técnico pré-moderno, e a organização jurídica da vida social ainda era concebida em termos teleológicos – atribuindo-se-lhe a função explícita de busca da perfectibilidade dos homens. Além disso a ênfase, comum a vários autores do século XIX, na idéia de *unidade*, que traduz a preocupação do autor com a constituição de um Estado forte, uno e legítimo para a nação brasileira.

A consagração da unidade do poder público não impede, porém, que a Constituição os divida em diversos ramos independentes (legislativo, moderador, executivo e judicial), atribuindo ao poder moderador, delegado ao Imperador, a tarefa de manter a harmonia entre eles:

Reconhecendo, entretanto, a necessidade de os harmonizar entre si, para que eles todos concorram eficazmente para o fim final do Estado, quis a mesma constituição que o poder moderador fosse a chave do organismo estabelecido, e o mantenedor da independência e harmonia dos demais ramos do poder público. Em consequência, delegou aquele poder privativamente ao Imperador; porque ele, em razão da perpetuidade do seu cargo, e da sua qualidade de chefe de uma dinastia hereditária, tem, por si e por seus descendentes, incontestável interesse na conservação e prosperidade da sociedade brasileira, e, portanto, na independência e harmonia dos poderes políticos, como condição essencial da ordem social. É nesse interesse próprio do delegado privativo do poder moderador que consiste a maior garantia contra o possível abuso do mesmo poder; porquanto,

preponderante como incontestavelmente o é, sobre os outros ramos do poder público, com certeza tornar-se-ia absoluto, se não de direito, ao menos de fato, se fora confiado a outras mãos (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884:29).

O que se percebe com essa análise é, além da já conhecida preocupação com a constituição da estrutura do Estado brasileiro, uma diminuição do interesse na legitimação do poder pessoal do Imperador. Constata-se que, ainda que se refira ao Imperador como responsável pela manutenção da harmonia entre os poderes do Estado, o discurso possui um caráter muito mais técnico que os das obras publicadas no período anterior, que se revestiam de um forte teor político. Nota-se, em suma, que a pessoa do Imperador já não era mais um elemento discursivo tão importante para o direito administrativo, sendo reduzida, no discurso, ao papel jurídico que lhe tinha sido designado pelo texto constitucional. O foco é a conservação da unidade e da integridade da estrutura do Estado brasileiro; aos poucos se torna cada vez menos importante o trabalho de legitimação do poder Imperial, o que se percebe também no esforço de separação entre administração e governo.

Tanto que, após abordar muito rapidamente essas questões relativas ao exercício do poder moderador, Rubino de Oliveira já passa diretamente à determinação do poder administrativo, concebido como ramo do poder executivo ao lado do poder governamental – que procede por medidas gerais, enquanto o poder administrativo “multiplica a sua atenção, aplicando-a mesmo aos pequenos detalhes dos serviços” (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884:31). Afirma, assim, a existência de um poder administrativo independente dos demais, fundamentado na autoridade do Imperador, da Constituição e do poder governamental de caráter político:

Ora aqui, onde se estabelece o domínio próprio da Administração, deve o poder administrativo ser forçosamente livre e independente na apreciação das inúmeras hipóteses, que circunstâncias novas sempre podem criar; na escolha dos diferentes meios que, segundo os casos, deve empregar para a execução das leis, conforme o pensamento do legislador; porquanto, este não pode prever todas as emergências, nem portanto lhe adaptar os meios, para regular assim todas as hipóteses possíveis de aplicação.

Assim, pois, ainda que este poder não possa ir de encontro a um princípio legal, e nisso esteja sujeito ao poder legislativo; contudo, nos detalhes de aplicação em execução das leis, é completamente livre e independente dele (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884:40).

Examina, em seguida, as diferenças entre o exercício dos poderes administrativo, governamental, legislativo e judiciário, abrindo um capítulo específico para discorrer

sobre “a promiscuidade e acumulação de atribuições administrativas e judiciárias”. Nele defende a tese de que, embora não se possa admitir a acumulação de atribuições como regra, nada impede que um mesmo funcionário desempenhe atividades típicas de mais de um poder, desde que respeite o regime jurídico aplicável a cada atividade. É compreensível a posição do autor: diante da carência de pessoal em quantidade suficiente para o desempenho de todas as funções atribuídas ao nascente Estado brasileiro, não há outra solução além da cumulação de funções em um mesmo funcionário, ainda que na prática permaneça o risco de consequências prejudiciais (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884:51):

Não repugna, porém, nem mesmo aos princípios teóricos, que um mesmo funcionário exerça atribuições judiciárias e administrativas; contanto que, exercendo-as, seja obrigado a observar as regras e princípios que regulam os modos de ação correspondentes a cada uma delas (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884:50).

Trata-se, afinal, de uma tentativa de solução do conflito existente entre a situação prática de incapacidade do Estado de interferência ativa na vida dos indivíduos, e a teoria estrangeira que concebia a administração como atividade permanente de regulação social:

Assim, pois, a administração, sendo essencialmente ativa, deve estar preparada e pronta para acudir, a todo o momento, e em todos os lugares, aos inúmeros serviços que as necessidades sociais reclamem. [...]

Mas, para que a ação administrativa seja de toda a prontidão, não basta que a administração tenha todos os seus instrumentos aparelhados para acudir a qualquer momento, e em todos os lugares, a todos os reclamos das necessidades sociais; é ainda necessário que ela seja ao mesmo tempo enérgica, para poder arrostar com todos os obstáculos levantados, muitas vezes sobre pretensões infundadas dos administrados, contra a execução do serviço público, ordinariamente urgente (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884:53).

Observam com razão os nossos escritores pátrios que a nossa organização administrativa é deficiente, por falta de agentes diretos nas localidades, para servirem de transmissores à impulsão dada pelo centro administrativo, geral ou provincial (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884:78).

Desta situação fática decorrem as condições essenciais de exercício da atividade administrativa, enumeradas por Rubino de Oliveira: a prontidão e a energia, a divisão das funções em deliberativas e executivas, a independência e a responsabilidade, a disseminação e a residência dos agentes, e a defesa pró e contra a administração, às quais se acrescenta a centralização do poder de decisão quanto aos interesses gerais (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884:60). Constata-se novamente, nas características

consideradas como essenciais para o desempenho da função pública, a disposição para o fortalecimento da estrutura de Estado existente, e para a constituição de um aparelho administrativo eficiente para o governo do país – apesar de todas as dificuldades e obstáculos apresentados pela realidade material.

A maior parte da obra é dedicada à apresentação da organização administrativa do Estado brasileiro, indicando-se detalhadamente os vários atores da administração pública nos níveis central, provincial e municipal, e as suas respectivas competências administrativas. Permanece, no entanto, a preocupação com a centralização do poder político e administrativo e a manutenção de uma estrutura administrativa forte para o Estado – agora, despersonalizado; o autor não se refere mais ao “Imperador”, mas ao “Império” como centro da administração geral:

Tendo a administração geral o seu centro de vida e de movimento no coração do Império, dali se irradia a respectiva ação administrativa pelas grandes circunscrições territoriais, em cada uma das quais ela tem agentes diretos nos presidentes das províncias (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884:134).

E em outro trecho:

Os presidentes de província, enquanto representantes do poder central, são verdadeiros delegados do Imperador, a quem, como Chefe do Estado e do poder executivo, incumbe observar e fazer observar a constituição e mais leis do Império, e prover ao bem geral do Brasil (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884:160).

Pode-se concluir que os presidentes de província, como delegados do poder central, exercem não somente funções administrativas referentes a serviços de interesse geral; mas também políticas, em tanto quanto moderam a ação das assembleias legislativas provinciais, contendo-as dentro dos justos limites de suas atribuições constitucionais ; defendendo destarte o princípio de unidade, que deve ser mantido nas instituições fundamentais do Estado (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884:161).

Quanto aos presidentes das províncias, têm *status* jurídico dependente do poder central, revestindo-se do “tríplice caráter de representantes do poder político governamental, de agentes diretos da administração central, e de chefes das administrações propriamente provinciais” (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884:135). Mas a despersonalização do discurso e a diminuição da preocupação com a legitimação do poder do Imperador não modificam a função política que se atribui ao direito administrativo; continua atuando de modo a promover a constituição do Estado nacional e fortalecer a legitimidade da ordem política soberana, sem que o livro faça qualquer menção ao desempenho de funções normalizadoras de intervenção na vida

social. É o que se percebe quando Rubino de Oliveira se refere às funções desempenhadas pelos presidentes das províncias, por exemplo:

Com efeito, como em outro lugar já temos visto, estando ao cargo destes presidentes não somente a defesa das respectivas províncias, como também a manutenção da ordem e da tranqüillidade pública, que nellas devem existir, é da sua competência empregar a força armada, assim para repelir quaisquer agressões, como para reprimir os desordeiros que por seus atos de violência lancem a perturbação na sociedade (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884:154).

Percebe-se que o objetivo essencial da atuação dos presidentes das províncias não é a ordenação normalizadora da vida urbana, mas a manutenção da ordem. O objetivo não é transformar a sociedade de modo a assegurar o crescimento contínuo das forças úteis com a diminuição das resistências, mas a conservação da tranqüilidade pública e a restauração do poder político central em face de atos de violência que viessem a ameaçar o exercício incontestado da soberania Imperial.

A mesma preocupação com a centralização e a unidade nacional se percebe no capítulo dedicado à administração municipal, onde se reitera por várias vezes a subordinação das câmaras municipais às províncias, e a necessidade de compatibilização dos atos por elas praticados com as medidas de caráter geral emanadas do poder central:

Mas, conquanto tenha sido assim reconhecida a necessidade da criação da administração municipal, confiada às câmaras, que devem existir nas cidades e vilas, tendo por objeto definido do seu governo a economia e polícia administrativa do município; contudo, no exercício de suas funções estas corporações não podem proceder completamente livres e independentes, porque devem estar subordinadas a autoridades mais elevadas.

Com efeito, posto que se reconheça a existência de necessidades e de interesses próprios dessas pequenas sociedades vicinais, e que por isso devem ser deixadas á administração das respectivas câmaras; todavia, como os membros dessas mesmas sociedades fazem parte das provinciais, e, com estas, entram para a comunhão nacional, devem os seus direitos e interesses ficar, antes de tudo, sob a guarda da lei commum, para não serem lesados ou ofendidos irrevogavelmente por atos arbitrários destas corporações.

Em consequência, cumpre que elas não possam estabelecer medidas de caráter permanente, sem o visto, o exame, a aprovação de autoridade superior; cumpre que elas estejam adstritas ao governo econômico e municipal, e não invadam atribuições que lhes não são próprias; cumpre, portanto, que, das suas determinações e decisões haja recurso em defesa dos direitos dos munícipes, e mais que elas estejam sujeitas à responsabilidade, mesmo criminal, nas pessoas dos seus membros, pelos abusos que cometerem.

Sem esta dependência, mediata ou imediata, sem esta sujeição, não é possível, como muito bem faz observar o Sr. Conselheiro Furtado, nem a unidade nacional

com um poder único; nem a igualdade perante a lei; nem a liberdade, com magistrados municipais independentes e irresponsáveis.

Tais são as razões por que as câmaras municipais têm sido subordinadas, desde o seu começo até ao presente, a autoridades superiores (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884:171).

Na parte seguinte se apresentam os administrados, definidos como “todos aqueles que se acham no território da nação”, e classificados em dois tipos: nacionais, capazes da “plenitude de todos os direitos civis e políticos”, e estrangeiros, que gozam “unicamente dos direitos civis em geral” (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884:196). É eloquente o silêncio acerca da posição jurídica dos escravos diante da administração, que distancia a obra do tratado de Ribas, por exemplo¹¹⁶, mas não modifica o significado geral da discussão quanto ao papel a ser desempenhado pelo direito administrativo: o estudo sobre os administrados não traduz uma preocupação do autor com a regulamentação das relações entre Administração e indivíduos, limitando-se a identificar os direitos originários atribuíveis a cada uma das classes de administrados, conforme a sua posição na ordem constitucional.

Por fim, a última parte da obra é dedicada ao estudo do processo administrativo. Após uma discussão técnica sobre as distinções entre o processo contencioso e o processo gracioso, o autor passa à apresentação dos órgãos competentes para o julgamento administrativo, afirmando o Conselho de Estado como o órgão supremo da justiça administrativa ao mesmo tempo em que o critica por seu caráter meramente consultivo – o que torna o Imperador o verdadeiro “chefe supremo” da administração pública:

Entretanto, o Conselho de Estado não é, como parece, um tribunal administrativo, no sentido rigoroso da palavra; porquanto, como se evidencia do art. 7 da lei de 23 de Novembro de 1841, que o restaurou, o legislador não lhe deu a atribuição de julgar, mas sim a de consultar, quando o Imperador houver por bem ouvi-lo. Sendo assim, e não passando este Conselho de simples órgão consultivo, quando as leis ou regulamentos estabelecem que para ele há recurso, desta ou daquela decisão em matéria administrativa, a autoridade para a qual realmente, em tais casos, se recorre, é a do Imperador; porquanto, é ele quem, como chefe supremo do poder que administra, decide por decreto essas questões, ouvindo ou deixando de ouvir o mesmo Conselho, ou qualquer das suas seções.

Em consequência, o juiz supremo dos recursos é o Imperador; o Conselho é simples consultor; e as suas seções são preparadoras do respectivo processo, cada uma para a classe de serviços da sua competência (RUBINO DE OLIVEIRA, 1884:236).

¹¹⁶ Ver *supra*, capítulo 4.3.

Verifica-se, assim, que não necessariamente por vontade ou intenção do autor, mas principalmente em razão das características objetivas da ordem jurídico-administrativa nacional, novamente o discurso científico sobre o direito administrativo contribui para a centralização do poder político e o fortalecimento da estrutura do Estado brasileiro.

Conclui-se, em suma, que apesar das semelhanças entre o conteúdo dessa *Epítome* e o das obras publicadas no período anterior, Rubino parece não estar mais tão preocupado com questões de legitimidade, focando o seu livro essencialmente na organização do Estado e na fundamentação do poder de governo. Afinal, não encontramos na obra qualquer tentativa de legitimar o poder soberano pela felicidade geral do povo ou pela paz social, tomando-se a legitimidade do poder Imperial apenas como um dos pressupostos para se justificar a autonomia da ação administrativa. O Imperador é tratado como apenas mais um elemento da ordem administrativa nacional; não se lhe atribui a responsabilidade de atuar como alicerce do sistema jurídico-administrativo, ou de garante da felicidade nacional, como nas obras anteriores.

O programa da disciplina de direito administrativo apresentado à Faculdade de Direito de Recife por J. A. Barros Guimarães em 1885 reforça esta conclusão, pois propunha uma abordagem de conteúdos muito similar à realizada por Rubino de Oliveira em sua obra. Já em 1888, porém, o programa apresentado em Recife por José Hygino Duarte Pereira modifica um pouco o conteúdo: embora mantenha uma discussão muito próxima daquela realizada pela obra de Rubino de Oliveira, preocupando-se principalmente com a organização da estrutura de Estado brasileira, aparecem como temas secundários a discussão sobre a posição jurídica do Imperador e a polícia administrativa (tópicos 8, 21 e 22, de um total de 29), o que talvez indique a transição que vinha ocorrendo nas funções desempenhadas pela disciplina: da legitimação do poder Imperial para a regulamentação da intervenção administrativa na vida urbana.

Pode-se afirmar, de qualquer modo, que após a Reforma do Ensino Livre a ciência do direito administrativo já não confere mais tanta importância à tarefa de legitimação do poder do Imperador, mas a disciplina permanece voltada ao estudo de questões relativas à organização do Estado brasileiro. O direito administrativo parece ter se tornado, definitivamente, instrumento de consolidação da autoridade estatal, debruçando-se sobre a definição da estrutura do Estado e das competências dos órgãos

estatais, sem que a figura do Imperador seja, agora, tão importante para a realização dos fins do Estado e a garantia da felicidade da Nação. Percebe-se aos poucos, portanto, o lento desenvolvimento de um processo de burocratização da estrutura de Estado brasileira, que deixa de ser analisada a partir de seu vínculo com a autoridade pessoal do Imperador para se tornar objeto independente de estudo, com uma análise jurídica estritamente técnica de seus órgãos e funções. Verifica-se uma tendência de consolidação da autonomia científica da disciplina e de seu objeto, progressivamente tornados independentes do direito constitucional e daquelas tarefas de legitimação fundadora do poder político Imperial.

Por outro lado, embora a disciplina de direito administrativo ensinada no Curso de Ciências Sociais tenha o mesmo conteúdo daquela ministrada no Curso de Ciências Jurídicas, a compreensão da matéria certamente sofre a influência de outras disciplinas também ensinadas no curso, como *Ciência das Finanças e Contabilidade do Estado* e *Higiene Pública*, o que, ao lado dos objetivos estabelecidos para o curso, indica a tentativa de formação, ao lado de um corpo de juristas aptos a organizar um Estado e um aparelho burocrático para o país, também de uma elite técnica e burocrática a preencher essa estrutura e assegurar a intervenção do Estado sobre o corpo social.

Percebe-se, então, a tentativa de uma divisão do trabalho político-ideológico entre juristas e sociólogos, ao final do século XIX, por meio do direito administrativo: aos juristas se atribuiu a função (constituente-soberana) de legitimar o poder estatal; enquanto aos cientistas sociais coube a função (normalizadora) de intervir efetivamente sobre a sociedade com medidas disciplinares, pelos dispositivos de polícia e diplomático-militar.

A última década do século XIX representa outro momento de ruptura na história do ensino do direito administrativo. No dia 15 de novembro de 1889 é proclamada a República, e apesar de o programa da disciplina permanecer idêntico ao de 1884, já em 1890, em consonância com o ideal republicano de Estado Laico, é suprimida do currículo da Faculdade de Direito a cadeira de direito eclesiástico.

Em 2 de janeiro de 1891 é publicado o Decreto 1232-H, e tem início a grande Reforma de Benjamin Constant, que inclui um novo Curso de Notariado nas Faculdades de Direito do país, mantendo iguais as disciplinas dos Cursos de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais. Mas, apesar do formato semelhante, percebe-se uma

importante transformação no conteúdo da disciplina de direito administrativo nestes dois cursos. A matéria passa a ser apresentada, tanto na Faculdade de Direito de São Paulo quanto na de Recife, junto com a disciplina de economia política, em *Noções de Economia Política e Direito Administrativo* – por Manoel Clementino de Oliveira Escorel em São Paulo, e por Benedicto Raymundo da Silva em Recife. No programa de economia política já começam a aparecer questões típicas da atividade de intervenção normalizadora na sociedade pelo Estado, mas o programa de direito administrativo permanece essencialmente jurídico, abordando o estudo das diferenças entre administração e governo, a caracterização dos atos e agentes administrativos, as disputas acerca da centralização e descentralização, etc.

No programa do Curso de Ciências Sociais da Faculdade de São Paulo o direito administrativo adquire imediatamente um caráter normalizador. Ministrada por João Mendes de Almeida Jr., a disciplina de *Ciência da Administração e Direito Administrativo* sofre o acréscimo de 10 novos pontos, além dos 38 que já eram abordados por Rubino (que se referiam essencialmente à construção do Estado), enfocando diretamente o estudo da ação do Estado sobre a sociedade – no que se aproximam muito mais do direito administrativo que se forma na Europa do séc. XIX¹¹⁷. A situação não se altera no ano de 1892, quando a cadeira é assumida por Manoel Pedro Villaboim, que apenas reestrutura no programa o conteúdo disciplinar que já havia sido adotado por João Mendes de Almeida Jr.

No Recife, porém, a mudança é um pouco mais lenta. A disciplina de direito administrativo é inicialmente assumida no Curso de Ciências Sociais pelo antigo professor da matéria na Faculdade de Direito, José Hygino Duarte Pereira, que em 1893 apresenta programa muito similar ao que já havia apresentado para a Faculdade de Direito em 1888. A situação permanece idêntica mesmo após a sua substituição em 1894 por Francisco Phaelante da Câmara Lima, que mantém o conteúdo do programa anterior, mas se modifica finalmente em 1895, quando Laurindo Leão modifica completamente o programa e inclui, além das questões típicas de organização do

¹¹⁷ Os novos pontos abordam temas como o estudo das populações, da saúde pública, da economia, da estatística, etc.

Estado, oito tópicos destinados ao estudo do modo como o Estado intervém sobre a sociedade¹¹⁸.

Uma nova reforma, realizada pela Lei 314, de 30 de outubro de 1895, reorganiza o ensino nas Faculdades de Direito, mas não modifica o rumo das transformações que vinham ocorrendo no ensino do direito administrativo – garantindo, pelo contrário, a sua consolidação. Pela reforma são abolidos os cursos de Ciências Sociais e Notariado, o que gera duas importantes conseqüências: por um lado, o Curso de Ciências Jurídicas passa a adotar o conteúdo da disciplina de direito administrativo do Curso de Ciências Sociais, que já tinha um viés mais normalizador, além das disciplinas de *Ciência das Finanças* e *Contabilidade do Estado*; por outro lado, representa uma reversão na tendência de divisão do trabalho político-ideológico que se havia percebido desde 1879, com a unificação dos cursos e das carreiras, que passam a desempenhar a mesma função política: instrumentalizar a ação do Estado quando de sua intervenção disciplinar sobre o corpo social, regulando-a em suas relações com os administrados. Outro símbolo importante dessas transformações é o fim da liberdade de freqüência que havia sido instituída pela Reforma do Ensino Livre, o que indica uma tendência de formação de um dispositivo de poder disciplinar também nas instituições de ensino superior do país, a incidir diretamente sobre os professores e estudantes.

Percebe-se, assim, o início de uma nova fase na história do desenvolvimento da ciência do direito administrativo. Embora não haja obras específicas de direito administrativo publicadas neste curto período delimitado como objeto de pesquisa, as transformações ocorridas no ensino da disciplina já demonstram uma guinada radical em sua orientação teórica e no tipo de funções desempenhadas pelo discurso científico em circulação, que, superando os problemas relativos à legitimação da autoridade Imperial e ao fortalecimento da estrutura de Estado brasileira, passa a se preocupar com a intervenção direta do Estado na vida social, buscando uma regulamentação minuciosa como aquela que se organizava na Europa de finais do século XVIII.

É pertinente ressaltar, ainda, que em 1901 o Decreto 3903 (12 de janeiro) inclui no currículo do Curso de Direito a disciplina de *Medicina Pública*, que aborda questões

¹¹⁸ Com títulos como “ação sobre o desenvolvimento da população, saúde e beneficência pública”, “ação sobre a produção, circulação e consumo da riqueza”, “ação sobre a educação popular, primária, secundária e superior”, “ação sobre a ordem pública”, “ação sobre a defesa nacional”, e “ação sobre o exercício dos direitos políticos e públicos dos cidadãos”.

relacionadas à higiene pública e representa mais um instrumento de intervenção normalizadora do Estado sobre a sociedade, buscando protegê-la de seus inimigos internos. Embora o ensino superior tenha passado por importantes mudanças no Brasil de início do século XX, o ensino do direito administrativo permanece organizado da mesma forma pelo menos até 1930, quando tem início um novo ciclo de transformações no conteúdo da disciplina, mas cuja análise já está muito além dos objetivos propostos para a presente tese.

Verifica-se, assim, que esta fase final de desenvolvimento da ciência brasileira do direito administrativo se caracteriza por um processo de marcada disciplinarização do direito: após a Reforma de Benjamin Constant o saber especializado sobre o direito administrativo parece adquirir um conteúdo efetivamente disciplinar, passando a se referir às intervenções de polícia que o Estado realiza sobre a sociedade. Aproxima-se, assim, em seu conteúdo e objetivos, do direito administrativo que se forma na Europa desde o final do século XVII, revestindo-se das feições modernas em que o reconhecemos hoje.

5 CONCLUSÃO

Torna-se possível compreender, após essa longa trajetória, o processo de formação da ciência do direito administrativo no Brasil Imperial. A comparação com a genealogia européia permite enfatizar as diferenças, o que ressalta as especificidades do solo em que germina o direito administrativo brasileiro e as diferentes consequências do seu surgimento para o nosso ambiente histórico – decorrentes da função política atribuída ao novo discurso pelo dispositivo de poder soberano então vigente no país.

Verifica-se, desse modo, que a ciência do direito administrativo surge na Europa como racionalização jurídica que torna possível a construção de um novo modelo de exercício do poder político, pelo qual se atribui a uma estrutura administrativa personalizada um conjunto de poderes que lhe permite intervir diretamente sobre o conjunto da vida social, regulamentando-a, transformando-a e normalizando-a, em um projeto de construção ativa de uma nova ordem social. Essa função é compatível com o dispositivo de poder existente no território, marcado por uma microfísica política que visava à normalização dos indivíduos e à intervenção sobre o meio como formas de assegurar o crescimento contínuo e dócil das forças úteis do Estado, assegurando-se a sua proteção contra o inimigo interno.

Transportado a outro contexto histórico, no entanto, o discurso científico sobre o direito administrativo é reterritorializado, passando a cumprir uma função distinta daquela para a qual havia sido originalmente criado: em vez de instrumento de normalização da vida urbana; em vez de instrumento de limitação e legitimação do poder especificamente administrativo que começava a ser exercido pelo Estado; em vez de elemento apto a substituir as práticas de polícia como instrumento de intervenção ativa do Estado sobre a vida social, o direito administrativo parece cumprir no Brasil uma função adequada ao tipo de dispositivo político então vigente no país, tendo sido reformulado discursivamente de modo a organizar o dispositivo de poder soberano que estabelecia o Imperador como fonte e fundamento de todo o poder político nacional – contribuindo assim para legitimar e racionalizar a sua posição jurídica no interior da ordem jurídica e política nacional.

Em outras palavras, em vez de cumprir a função administrativa que parece ter sido a sua vocação originária na Europa, o discurso científico sobre o direito administrativo

em circulação no Brasil Imperial parece ter cumprido uma função eminentemente constituinte, fortalecendo a legitimidade da soberania imperial e atuando no sentido da construção de uma nova ordem política e jurídica para o país, que fosse efetivamente nacional após a declaração de Independência em relação à Metrópole.

Mas essa função tampouco pode ser simplificada; afinal, se é verdadeiro que o direito administrativo cumpriu uma função essencialmente constituinte-soberana no Brasil do século XIX, é também verdade que não a cumpriu sempre da mesma forma, sendo possível a identificação, no discurso jus-administrativo em circulação no período, de variações discursivas que traduzem variações quanto às funções políticas por ele desempenhadas, assim como quanto à sua racionalidade e significado específicos em cada momento histórico.

Com base em uma análise dessas variações se torna possível não somente compreender o papel geral desempenhado pela ciência do direito administrativo no período imperial, mas ir além, identificando as diferentes fases de desenvolvimento da disciplina na conjuntura política nacional, assim como os tipos de funções por ela desempenhadas no interior do dispositivo político.

Uma primeira conclusão que salta à vista, desse modo, é o caráter eminentemente acadêmico da disciplina em nosso país. Ela não circula antes da criação de um espaço acadêmico específico, o que ocorre apenas em 1854, com a inclusão da disciplina de direito administrativo no currículo de nossas faculdades de Direito. Também porque a instituição onde poderia ter se desenvolvido com mais sofisticação um saber técnico especificamente jus-administrativo (o Conselho de Estado) estava mais preocupada com a mediação entre os diversos poderes existentes no país e o estabelecimento claro da supremacia política do Imperador como árbitro de seus interesses – preocupação política imediata que rapidamente viria a ser assumida também pelo discurso jus-administrativista em circulação.

A partir do momento, porém, em que o direito administrativo começa a ser ensinado como disciplina acadêmica nas faculdades de Direito, cria-se o ambiente adequado para a sua circulação como saber jurídico, e a utilização dos compêndios aprovados pelo Imperador provê o incentivo necessário ao desenvolvimento de uma doutrina jurídica efetivamente nacional – como efetivamente sucede, no decorrer do século XIX.

Constata-se, desse modo, o caráter pouco prático e essencialmente doutrinário do direito administrativo existente no Brasil do século XIX, o que pode ser considerado reflexo da inexistência (ou da existência ainda muito incipiente) de uma estrutura administrativa burocrática personalizada e ativa a possibilitar a manifestação empírica da vontade do Estado como ente regulador da vida social.

Além disso, analisando-se o conteúdo do direito administrativo ensinado nas faculdades, assim como o conteúdo das obras doutrinárias publicadas nesse período, parece ser possível estabelecer uma periodização das funções desempenhadas pelo direito administrativo no Brasil Imperial, conforme as características do conteúdo discursivo e as funções que se pode inferir que cumprisse na sociedade daquele tempo.

Superada uma “pré-história” em que se verifica a completa ausência do direito administrativo no debate público nacional (com as discussões do Conselho de Estado focadas muito mais nos aspectos políticos da manifestação exemplar do poder soberano), em 1854 tem início uma primeira fase de *formação* da ciência nacional do direito administrativo, que dura até 1879: nessa primeira fase se percebe a existência de um direito administrativo com uma forte função constituinte-soberana de fundação do Estado brasileiro, que busca atuar como fundamento de legitimidade do poder soberano exercido pelo Imperador. Essa função não é cumprida simplesmente com a atribuição de legitimidade ao poder soberano (que já não poderia se justificar juridicamente por seus direitos ancestrais, em razão da ruptura criada pelo processo de Independência), mas através da construção mítica de um soberano criado para agir, ele próprio, como fundamento de um Estado sem fundamento – porque sem povo, sem nação, sem legitimidade originária –, na medida em que, responsável por assegurar a felicidade da população e satisfazer o interesse geral, age como fator de unificação de uma sociedade nova e heterogênea.

Após esse período se verifica uma fase de *consolidação* da ciência do direito administrativo no Brasil, no período entre 1879 e 1891: após a Reforma do Ensino Livre o saber jurídico administrativo já não dá mais tanta importância à legitimação do poder pessoal do Imperador, mas a disciplina continua voltada ao estudo de questões relativas à organização do Estado. Nessa fase o direito administrativo parece ter se tornado instrumento de consolidação da autoridade estatal, debruçando-se sobre o estudo da estrutura do Estado e das competências dos órgãos estatais. Por outro lado,

embora a disciplina de direito administrativo ensinada no Curso de Ciências Sociais tenha o mesmo conteúdo daquela ministrada no Curso de Ciências Jurídicas, a compreensão da matéria certamente sofre a influência de outras disciplinas também ensinadas no curso, como *Ciência das Finanças e Contabilidade do Estado e Higiene Pública*, o que, ao lado dos objetivos estabelecidos para o curso, indica a tentativa de formação de uma elite técnica e burocrática que fosse capaz de assegurar a intervenção do Estado sobre o corpo social.

Por fim, há uma terceira fase em que ocorre uma **disciplinarização** do direito administrativo brasileiro, no período entre 1891 e 1895: com a Reforma do Ensino de Benjamin Constant o direito administrativo sofre uma nova transformação, adquirindo um conteúdo efetivamente disciplinar, passando a se referir às intervenções de polícia que o Estado realiza sobre a sociedade. Aproxima-se, assim, em seu conteúdo e objetivos, do direito administrativo que se forma na Europa desde o final do século XVIII, revestindo-se das feições modernas em que o reconhecemos hoje.

Além dessa periodização, há indícios de que se pretendeu ao final do século XIX uma divisão do trabalho político-ideológico entre juristas e sociólogos, por meio do direito administrativo: aos juristas se atribuiu a função (constituente-soberana) de legitimar o poder estatal; aos cientistas sociais coube a função (normalizadora) de intervir efetivamente sobre a sociedade com medidas disciplinares, pelos dispositivos de polícia e diplomático-militar.

Essa divisão durou pouco tempo (1879-1895); ainda assim, seria necessário verificar as conseqüências que ela pode ter gerado na divisão do trabalho político-ideológico no Brasil do século XX. É bom recordar, a esse respeito, a importância que teve o discurso sociológico a partir da década de 1910 (Alberto Torres), e com ainda mais vigor no Governo Vargas (Oliveira Vianna, Azevedo Amaral, Francisco Campos), mesmo quando proferido por bacharéis em Direito (GUANDALINI JR. E CODATO, 2003). Trata-se, no entanto, apenas de indicação para possíveis pesquisas posteriores, que venham a enfocar o desenvolvimento do saber jurídico-administrativo brasileiro no período imediatamente posterior ao delimitado como objeto da presente pesquisa.

Conclui-se, então, que durante todo o período imperial a ciência brasileira do direito administrativo não desempenhou uma função tipicamente administrativa, tendo atuado com essência constitucional e soberana. Mais do que fortalecer a administração

pública personalizada e estabelecer um campo de atuação para o exercício do poder administrativo (como poder auto-executável de transformação da vida social com base em um projeto ativo de governo dos indivíduos e populações), a ciência do direito administrativo que se desenvolve no Brasil do século XIX parece estar preocupada com o fortalecimento da posição política do Imperador, considerado ponto de origem de toda a soberania nacional e fundamento de legitimidade auto-evidente de todo o governo político. Com isso pretendia assegurar a centralidade de seu poder político em todo o território nacional e a continuidade da ordem política brasileira, que havia sido colocada em risco com a perda do seu fundamento jurídico de legitimidade após a independência. Assim, atuou essencialmente como elemento de fundação do Estado brasileiro, desempenhando uma função acessória ao direito constitucional, em vez da função específica que desempenhava na Europa, de organizar juridicamente o exercício do recém-criado poder administrativo.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Susan Rose; Lindseth, Peter L. (orgs.) (2010). *Comparative Administrative Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing.

ADORNO, Sérgio (1998). *Os Aprendizes do Poder: bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

AGAMBEN, Giorgio (2002). *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua* (trad. Henrique Burigo). Belo Horizonte: UFMG.

ARGAN, Giulio Carlo (2002). *Storia dell'arte italiana 3: Da Michelangiolo al Futurismo*. 3a ed. Firenze: Sansoni.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (2007). *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros.

BARDESCHI, Marco Dezzi (1984). “La Verga d’Oro”: Il potere dell’architettura, in: MUCCI, Egidio (org.) (1984). *Il Potere degli Impotenti: architettura e istituzioni*. Bari: Dedalo, p. 31-48.

BARROS DE MOURA, André (2007). *Do processo administrativo tributário e do controle jurisdicional das decisões nele proferidas contrárias à Fazenda Pública* (dissertação de mestrado). Belo Horizonte, Universidade Fundação de Ensino e Cultura (FUMEC).

BIGOT, Gregoire (2002). *Introduction Historique au Droit Administratif depuis 1789*. Paris: PUF.

BLANCHET, Luiz Alberto (1998). *Curso de Direito Administrativo*. Curitiba: Juruá.

BONAVIDES, Paulo E AMARAL, Roberto (2002). *Textos Políticos da História do Brasil*, vol. I. 3ª ed. Brasília: Senado Federal.

BOURDIEU, Pierre (2004). *O Poder Simbólico* (trad.: Fernando Tomaz). 7ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles (1955). *Tratado de Direito Administrativo*, vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos (1993). *Empresários, suas origens e as interpretações do Brasil*. Trabalho apresentado no I Congresso Brasileiro de História Econômica / II Conferência Internacional de História de Empresas. São Paulo: USP.

BURDEAU, François (1995). *Histoire du Droit Administratif*. Paris: PUF.

CAETANO, Marcello (1991). *Manual de Direito Administrativo*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAMMELLI, Marco (1997). G. Melis, Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993) (resenha). In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 26. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, p. 454-459.

CARVALHO, José Murillo (1996). *A Construção da Ordem/Teatro de Sombras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará.

CARLOTTI, Mariella (2010). *Il Bene di Tutti: gli affreschi del Bion Governo di Ambrogio Lorenzetti nel Palazzo Pubblico di Siena*. Firenze: Società Editrice Fiorentina.

CASSESE, Sabino (1990). Albert Venn Dicey e il Diritto Amministrativo, in: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n° 19. Milano: Giuffrè, p. 05-82.

_____ (2010). *Il Diritto Amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão (s.d.). *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

CONTARDI, Bruno (org.) (1993). *Storia dell'arte come storia della città*. Roma: Editori Riuniti.

CORDIDO, Maria Tereza R. Leme de Barros (2008). Edifícios Públicos. Arquitetura Forense: arquitetura moderna questionando a simbologia e mitos do Poder Judiciário no Estado de São Paulo, in: *Risco – Revista de Pesquisa em Arquitetura e Urbanismo*, n° 7, v. 1, 2008. São Paulo: Programa de Pós-Graduação do Departamento de Arquitetura e Urbanismo (EESC-USP).

COSTA, Emilia Viotti (1987). *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense.

COSTA, Pietro (1986). *Lo Stato Immaginario – metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*. Milano: Giuffrè.

_____ (2009). *Cittadinanza*. 2ª ed. Roma-Bari: Laterza.

COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs) (2006). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica* (trad. Carlo Alberto Dastoli). São Paulo: Martins Fontes.

COSTA, Ricardo da (2003). Um Espelho de Príncipes Artístico e Profano: a representação das virtudes do Bom Governo e dos vícios do Mau Governo nos afrescos de Ambrogio Lorenzetti (c. 1290-1348?), in: *Utopía y Praxis Latinoamericana – Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*. Maracaibo: Universidad Del Zulia, vol. 8, n. 23, out., p. 55-71.

CRETELLA JR., José (1966). *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense.

_____ (1989). *Manual de Direito Administrativo*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

_____ (1991). *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

CRISTOFARO, Ernesto (2008). La Nozione di ‘Governo’ nei Corsi di Foucault. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 37. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, p. 665-675.

CRUZ E TUCCI, José Rogério (2003). Antonio Joaquim Ribas, in: *Grandes Juristas Brasileiros* (Almir Gasquez Rufino e Jaques de Camargo Penteado, orgs.). São Paulo: Martins Fontes, p. 31-43.

CYRIL LINCH, Christian Edward (2005). A idéia de um Conselho de Estado Brasileiro, in: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, a. 42, n. 168.

DALLARI, Dalmo de Abreu (1970). O Conselho de Estado e o Contencioso Administrativo no Brasil, in: *Revista de Direito Público*, vol. 11, ano 3, jan-mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 33-44.

DARWIN, Charles (2005). *A Origem das Espécies*. São Paulo: Ediouro.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix (2000). *Mil Platôs: capitalismo e esquizofrenia* (trad. Aurélio Guerra Neto e Célia Pinto Costa). Rio de Janeiro: Editora 34.

DI PIETRO, Maria Sylvia (2000). 500 anos de direito administrativo brasileiro, in: *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*. Brasília: ENAP, v. 26, n. 2, p. 29-54.

_____. (2005). *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas.

ENTERRÍA, Eduardo García de (2001). *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Aklianza editorial.

FAORO, Raymundo (1987). *Os Donos do Poder*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Globo.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle (2003). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros.

FIORAVANTI, Maurizio (1995). *Appunti di storia delle costituzione moderne: le libertà fondamentali*. Torino: Giappichelli.

_____ (1999). *Costituzione*. Bologna: Il Mulino.

_____ (2001). *La Scienza del Diritto Pubblico: dottrine dello Stato e della costituzione tra otto e novecento*, t. I e II (Biblioteca per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, v. 58/59). Milano: Giuffrè Editore.

_____ (org.) (2004). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. 4ª ed. Roma/Bari: Laterza.

FONSECA, Márcio Alves (2002). *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Max Limonad.

FONSECA, Ricardo Marcelo (2002). *Modernidade e Contrato de Trabalho: do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica*. São Paulo: Ltr.

_____ (2005a). A 'Lei de Terras' e o advento da propriedade moderna no Brasil, in: *Anuário Mexicano de Historia del Derecho*, XVII, p. 97-112.

_____ (org.) (2005b). *Crítica da Modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux.

_____ (2006). Os Juristas e a Cultura Jurídica Brasileira na Segunda Metade do Século XIX, in: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 35. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, p. 339-371.

_____ (2009). *Introdução Teórica à História do Direito*. Curitiba: Juruá.

FOUCAULT, Michel (2000). *Em Defesa da Sociedade* (trad. Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes.

_____ (2001). *A Verdade e as Formas Jurídicas* (trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais). Rio de Janeiro: Nau.

_____ (2002). *Vigiar e Punir* (trad. Raquel Ramallete). 28ª ed. Petrópolis: Vozes.

_____ (2003). *Le Pouvoir Psychiatrique*. Lonrai: Gallimard/Seuil.

_____ (2004a). *Microfísica do Poder* (trad. Roberto Machado). 14ª ed. Rio de Janeiro: Graal.

_____ (2004b). *Naissance de la Biopolitique*. Lonrai: Gallimard/Seuil.

_____ (2004c). *Securité, Territoire, Population*. Lonrai: Gallimard/Seuil.

FURTADO, Celso (2007). *Formação Econômica do Brasil*. 34ª ed. São Paulo: Cia. das Letras.

GARNER, Lydia M. (1997). *Justiça Administrativa no Brasil do Segundo Reinado (1842-1889)*. Paper apresentado no XX International Congress of the Latin American Studies Association. Guadalajara. Acessado em 22 de julho de 2009 no endereço eletrônico <<http://lasa.international.pitt.edu/LASA97/garner.pdf>>.

GASPARINI, Diógenes (1993). *Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva.

GIANNINI, Massimo Severo (1973). Profili Storici della Scienza del Diritto Amministrativo, in: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n° 2. Milano: Giuffrè, p. 179-274.

GOENDER, Jacob (1981). *A Burguesia Brasileira*. São Paulo: Brasiliense.

GROSSI, Paolo (2000). *Scienza Giuridica Italiana: un profilo storico (1860-1950)*. Milano: Giuffrè.

_____ (2006a). *Primeira Lição sobre Direito* (trad. Ricardo Marcelo Fonseca). Rio de Janeiro: Forense.

_____ (2006b). *História da Propriedade e outros ensaios* (trad. Ricardo Marcelo Fonseca e Luiz Ernani Fritoli). Rio de Janeiro: Renovar.

_____ (2007). *Mitologias Jurídicas da Modernidade* (trad. Arno dal Ri Júnior). 2ª ed. Florianópolis: Boiteux.

_____ (2009). *L'Europa del Diritto*. 5ª ed. Roma-Bari: Laterza.

GUANDALINI JR., Walter (2004). Da Ascese à Disciplina: a ética protestante e a constituição do sujeito capitalista, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n.º 41. Curitiba: SER/UFPR, p. 115-129.

_____ (2006). *A Crise da Sociedade de Normalização e a Disputa Jurídica pelo Biopoder – o licenciamento compulsório de patentes de anti-retrovirais* (dissertação de mestrado). Curitiba: Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

_____ (2007). O Direito como Acontecimento: por uma análise estratégica das práticas e do discurso jurídico, in: *EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito / Faculdade Dom Bosco*, v. 1, n. 1, jan./jun. 2007. Curitiba: Dom Bosco, 2007, p. 108-114.

_____ (2010). *Doença, Poder e Direito: o controle de patentes de medicamentos*. Curitiba: Juruá.

GUANDALINI JR., Walter e CODATO, Adriano N. (2003). Os autores e suas idéias: um estudo sobre a elite intelectual e o discurso político do Estado Novo, in: *Estudos Históricos*, n.º 32. Rio de Janeiro: Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas, p. 145-164.

GUANDALINI JR., Walter, *et alii* (2003). Reflexões sobre a Reforma Administrativa, Trabalhista e Tributária, in: *Revista Jurídica Themis* (Centro Acadêmico Hugo Simas, org.), n.º 15. Curitiba: JM, p. 169-198.

HESPANHA, António Manuel (1986). *As Vésperas do Leviathan: instituições e poder político – Portugal – séc. XVII*. Lisboa: s.e.

_____ (1993). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian.

_____ (2005). *Cultura Jurídica Européia – síntese de um milênio*. Florianópolis: Boiteux.

_____ (2006a). O Direito Administrativo como Emergência de um Governo Activo (c. 1800 – c. 1910), in: HESPANHA, António Manuel e SILVA, Cristina Nogueira (orgs.). *Fontes para a história do direito administrativo português – séc. XIX*. Lisboa: FD-UNL.

_____ (2006b). *O Direito dos Letrados no Império Português*. Florianópolis: Boiteux.

_____ (2009). *Hércules Confundido – sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*. Curitiba: Juruá.

_____ (org.) (1984). *Poder e instituições na Europa do antigo regime: coletânea de textos*. Lisboa: Calouste Gulbenkian.

HOLANDA, Sérgio Buarque de (1995). 25ª ed. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras.

IGLESIAS, Francisco (1993). *Trajetória política do Brasil (1500-1964)*. São Paulo: Companhia das Letras.

KUGELMAS, Eduardo (org.) (2002). *José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente*. São Paulo: Editora 34.

LACCHÉ, Luigi (1995). *L'Espropriazione per Pubblica Utilità – amministratori e proprietari nella Francia dell'ottocento*. Milano: Giuffrè.

LEAL, Victor Nunes (1975). *Coronelismo, enxada e voto*. 2ª ed. São Paulo: Alfa-Ômega.

LOPES, José Reinaldo de Lima (2004). *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Ed. 34/Edusp.

_____ (2000). *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad.

_____ (2007). Consultas da Seção de Justiça do Conselho de Estado (1842-1889). A formação da cultura jurídica brasileira. in: *Almanack Braziliense*, n. 05, mai., pp. 04-36.

MANNORI, Luca (1990). Per una 'preistoria' della funzione amministrativa – Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune, in: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n° 19. Milano: Giuffrè, p. 323-504.

_____ (1994). *Il sovrano tutore: pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel principato dei Medici (secc. XVI-XVIII)*. Milano: Giuffrè.

_____ (1995). Genesi dello Stato e storia giuridica (a proposito di 'Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna). In:

Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 24. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, p. 485-505.

_____ (1997). Luigi Lacchè, L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento (resenha). In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 26. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, p. 445-451.

MANNORI, Luca e SORDI, Bernardo (2006). *Storia del Diritto Amministrativo*. 4ª ed. Milano: Laterza.

MATTEUCCI, Nicola (1988). *Organizzazione del potere e libertà: storia del costituzionalismo moderno*. Torino: UTET.

MECCARELLI, Massimo; SOLIMANO, Stefano (2007). A Colloquio con Paolo Grossi, in: *Forum Historiae Iuris*, mar. 2007, p. 1-25. Extraído em 16 de maio de 2007 do endereço eletrônico <<http://www.forhistiur.de/zitat/0703meccarelli-solimano-grossi.htm>>.

MEDAUAR, Odete (2003). *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MELIS, Guido (1996). *Storia dell'Amministrazione Italiana (1861-1993)*. Bologna: Il Mulino.

MESTRE, Jean Louis (1985). *Introduction Historique au Droit Administratif Français*. Paris: PUF.

MEIRELLES, Hely Lopes (2008). *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (2002). *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

MOTA, Carlos Guilherme (s.d.). *Brasil em perspectiva*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

_____ (2006) (org.). *Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro (século XVI a 1850)*. São Paulo: Quartier Latin.

MUCCI, Egidio (org.) (1984). *Il Potere degli Impotenti: architettura e istituzioni*. Bari: Dedalo.

NAPOLI, Paolo (2003). *Naissance de la Police Moderne – pouvoir, normes, société*. Paris: La Découverte.

OLIVEIRA, Cecília Helena de Salles (org.) (2002). *Zacarias de Góis e Vasconcellos*. São Paulo: Editora 34.

PEREIRA, Elson Manoel (1999). *Histoire d'un outil d'aménagement: le zonage. L'exemple d'une ville brésilienne* (tese de doutoramento). Grenoble: Institut d'Urbanisme de Grenoble.

PIMENTA BUENO, José Antônio (2002). *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, in: KUGELMAS, Eduardo (org.). *José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente*. São Paulo: Editora 34.

REGO, Vicente Pereira (1860). *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, para uso das Faculdades de Direito do Império*. 2ª Ed. Recife: Tipografia Comercial de Geraldo Henrique de Mira & C.

RENAUT, Marie-Hélène (2007). *Histoire du Droit Administratif*. Paris: Ellipses.

RIBAS, Antonio Joaquim (1968). *Direito Administrativo Brasileiro*. Brasília: Ministério da Justiça, Serviço de Documentação.

RODRIGUES, José Honório (1978). *O Conselho de Estado: o quinto poder?* Brasília: Senado Federal.

_____ (org.) (1973-1978). *Atas do Conselho de Estado*, 13 vol. Brasília: Senado Federal.

ROSSI, Pietro (org.) (1987). *Modelli di Città – strutture e funzioni politiche*. Torino: Einaudi.

RUBINO DE OLIVEIRA, José (1884). *Epítome de Direito Administrativo Brasileiro segundo o Programa do Curso de 1884*. São Paulo: Leroy King Bookwalter.

SALLES DE OLIVEIRA, Cecília Helena (2007). O Conselho de Estado e o complexo funcionamento do governo monárquico no Brasil do séc. XIX, in: *Almanack Braziliense*, n. 05, mai., pp. 46-53.

SANDULLI, Aldo (2009). *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*. Milano: Giuffrè.

SEELAENDER, Airton (2003). A polícia e o rei-legislador: notas sobre algumas tendências da legislação portuguesa no antigo regime, in: BITTAR, Eduardo C. (org.). *História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*. São Paulo: Atlas.

SIMIONI, Ana Paula Cavalcanti (2002). Entre Convenções e Discretas Ousadias: Georgina de Albuquerque e a pintura histórica feminina no Brasil, in: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 17, n. 50, out. São Paulo: ANPOCS, pp. 143-159.

SIMONSEN, Roberto (1977). *A Controvérsia do Planejamento na Economia Brasileira; coletânea da polêmica Simonsen versus Gudín desencadeada com as propostas formais de planejamento da economia brasileira ao final do Estado Novo*. Rio de Janeiro: IPEA/INPES.

SORDI, Bernardo (1984). Giurisdizione Ordinaria e Giustizia Amministrativa in Lorenzo Meucci e Giuseppe Mantellini. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 13. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, p. 725-746.

_____ (1985). *Giustizia e Amministrazione nell'Italia Liberale – la formazione della nozione di interesse legittimo*. Milano: Giuffrè.

_____ (1991). *L'Amministrazione Illuminata – riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldina*. Milano: Giuffrè.

_____ (1993). Marie-Joelle Redor, De l'Etat légal à l'Etat de droit. (resenha). In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 22. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, p. 621-625.

_____ (1997). Police/Policey – linguaggi comuni e difforni sentieri istituzionali nel passaggio dalla polizia di antico regime all'amministrazione moderna. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 26. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, p. 625-651.

_____ (2004/2005). Paolo Napoli, Naissance de la Police Moderne (resenha). In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 33/34. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, p. 1212-1215.

SOUSA, Paulino José Soares (1862). *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional.

_____ (2002). *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, in: CARVALHO, José Murilo (org.). *Paulino José Soares de Sousa, Visconde do Uruguai*. São Paulo: Editora 34.

SOUZA, Laura de Mello (2006). *O sol e a sombra: política e administração na América portuguesa do século XVIII*. São Paulo: Companhia das Letras.

SPINI, Giorgio (org.) (1976). *Architettura e Politica – da Cosimo I a Ferdinando I*. Firenze: Leo S. Olschki Editore.

STOLLEIS, Michael (2008). *Storia del Diritto Pubblico in Germania: pubblicistica dell'impero e scienza di polizia (1600-1800)*. Milano: Giuffrè.

TÁCITO, Caio (1975). *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva.

TELES FILHO, Eliardo França; e HORBACH, Carlos Bastide (2006). *O Informante: a função administrativa no ensaio do Visconde de Uruguai*.

TELLES, Antônio Queiroz (1995). *Introdução ao Direito Administrativo*. São Paulo: RT.

VASCONCELOS, Zacarias de Góes (1862). *Da Natureza e Limites do Poder Moderador*. 2º ed. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert.

_____ (2002). Da Natureza e Limites do Poder Moderador, in: OLIVEIRA, Cecília Helena de Salles (org.). *Zacarias de Góis e Vasconcellos*. São Paulo: Editora 34.

VEIGA CABRAL, Prudêncio Giraldes Tavares (1859). *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert.

VELASCO, Ivan de Andrade (2007). A Cultura Jurídica e a Arte de Governar: algumas hipóteses investigativas sobre a Seção de Justiça do Conselho de Estado, in: *Almanack Braziliense*, n. 05, mai., pp. 37-45.

VENÂNCIO FILHO, Alberto (s.d.). *Das arcadas do bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva.

VIEIRA MARTINS, Maria Fernanda (2006). A Velha Arte de Governar: o Conselho de Estado no Brasil Imperial, in: *Topoi*, v. 7, n. 12, jan.-jun., pp. 178-221.

_____ (2007). *A velha arte de governar: um estudo sobre política e elites a partir do Conselho de Estado (1842-1889)*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional.

VOLANTE, Raffaele, et alii (2003). *Ordo Iuris: storia e forme dell'esperienza giuridica*. Milano: Giuffrè.

WOLKMER, Antônio Carlos (1998). *História do direito no Brasil*. São Paulo: Forense.

_____ (org.) (2007). *Fundamentos de história do direito*. 4^a ed. Belo Horizonte: Del Rey.

_____ (2006). *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antigüidade clássica à modernidade*. Florianópolis: Boiteux.